TREDJE-MANS-SKYDDETS GRÄNSER

1976

HANS FORSSELL

NORSTEDTS

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548914_0026

Tredjemansskyddets gränser

En studie av principen "köp bryter lega" och indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter

mit einer Zusammenfassung in deutscher Sprache

Hans Forssell

Stockholm
P A Norstedt & Söners Förlag

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

ISBN 91-1-76 70 31-4
© P A Norstedt & Söners förlag 1976
Studentlitteratur
Lund 1976

FÖRORD

Den som vill skriva en doktorsavhandling ställs inför två konkreta problem. Hur skall han lyckas skriva en bok av något värde och hur skall han under tiden klara sin försörjning?

En lösning på det första problemet förutsätter god handledning. Med god handledning menas olika saker i olika skeden av avhandlingsarbetet. Först gäller det för handledaren att tillhandahålla ett bra avhandlingsämne eller åtminstone leda doktoranden in på ett fruktbart område. När detta är gjort blir det handledarens uppgift att uppmuntra doktoranden i svåra stunder under den tid, då han ännu inte riktigt vet vad det är han håller på med. När doktoranden börjar komma stickande med manuskript är det handledarens uppgift att genast taga del därav, att med varsam hand leda doktoranden förbi de största fallgroparna och att under gemensamma diskussioner ge doktoranden inspiration i det fortsatta arbetet. Under slutskedet av avhandlingsarbetet blir handledningen en återkommande mangling, som för handledaren måste vara mycket krävande.

I alla dessa skeden av mitt avhandlingsarbete har professor Svante Bergström såsom min handledare varit ett föredöme. Med kort varsel och utan avseende på veckodag har han satt sig att granska mina manuskript och under otaliga konferenser kommit med konstruktiv kritik. Endast genom denna kritik har arbetet kunnat föras framåt.

Av stort värde för mitt avhandlingsarbete har varit de doktorandseminarier i civilrätt, där jag haft tillfälle att testa olika tankegångar. Den samlande kraften bakom dessa seminarier var dåvarande professorn, numera justitierådet Henrik Hessler. Denne har också, trots mina förkättrade åsikter, haft vänligheten att läsa avhandlingen i manuskript och under efterföljande diskussioner kommit med påpekanden, som föranlett omarbetning av såväl större som mindre partier.

Professor Gösta Hasselberg har också läst avhandlingen i manuskript och kommit med värdefulla påpekanden om den romerska rätten och det historiska materialet i övrigt.

Sammanfattningen har översatts till tyska av Mag. jur. Eugeniusz Dornfest. Vid den slutliga utformningen av denna sammanfattning har jag haft värdefull hjälp av professor Peter Hanau från Köln, som tillfälligt vistats vid Juridiska fakulteten i Uppsala. Vid korrekturläsningen har jag haft hjälp av min moder, fru Ingeborg Forssell.

Under min doktorandtid har jag åtnjutit doktorandstipendium först från Juridiska fakulteten, sedan från Statens råd för samhällsforskning. Doktorand-

stipendiet är helt naturligt en grundplåt i doktorandens försörjning, men eftersom stipendiet redan 1969, då jag började skriva avhandling, var ungefär hälften av nettot på en tingsnotarielön, och det idag utgår med ett t o m nominellt lägre belopp än då, har även andra inkomster varit nödvändiga. När det gällt att skaffa sådana inkomster, framför allt inkomster av undervisning och ytterligare stipendier, har jag mötts av stor välvilja från Juridiska fakulteten och dess enskilda medlemmar. Min handledare, professor Svante Bergström, har tagit ansvar även i detta sammanhang. Förutom honom vill jag här särskilt nämna professor emeritus Åke Malmström.

Till alla dem som sålunda hjälpt mig i mitt arbete framför jag härmed mitt varma tack. Ett tack vill jag rikta också till min hustru Annika, som med alla sina omsorger och sin uppmuntran i väsentlig mån bidragit till att avhandlingen överhuvudtaget blivit färdig.

Material som blivit tillgängligt efter utgången av november månad 1975 har endast undantagsvis kunnat beaktas.

Uppsala i mars 1976

Hans Forssell

INNEHÅLL

Kapitel 1. Inledning 1

Kapitel 2. Allmänt om rättsutvecklingen i Frankrike och Tyskland, särskilt receptionen av romersk rätt

1. Inledning 4
2. Rättsvetenskap i Italien från slutet av 1000-talet 4
3. Senmedeltida reception av romersk rätt i Frankrike och Tyskland
   a) Frankrike 5
   b) Tyskland 6
4. Humanism och naturrätt 7
5. Rättsutvecklingen i Frankrike under tiden 1500–1804 8
6. Rättsutvecklingen i Tyskland under tiden omkring 1600–1800 9
7. Den historiska skolan under 1800-talet och BGB 10

Kapitel 3. Utvecklingen av begreppen »sakrätt» och »obligatorisk rätt»

1. Romersk rätt och äldre germansk rätt 11
2. Glossatorer och postglossatorer 12
3. Tysk och fransk doktrin .....
   a) Humanistiskt inflytande 13
   b) Naturrätten 13
   c) Usus modernus 14
   d) Den historiska skolan 15
   e) Personalistiska teorier 17
   f) Moderna teorier och härskande doktrin 18
4. Dansk och norsk doktrin 19
5. Svensk doktrin 22

Kapitel 4. Teorien om sakrätternas »numerus clausus»

1. Inledning 31
2. Den historiska utvecklingen 31
3. Tysk rätt 32
4. Fransk rätt 36
5. Dansk och norsk rätt 37
6. Svensk rätt 37

7. Sammanfattning och slutsatser 41
8. Plan för den fortsatta framställningen 43

Kapitel 5. Förvärv av äganderätt – vissa konkurrensfrågor vid köp
1. Inledning 44
2. Romersk rätt
   a) Förvärv från annan än rätt ägare 45
   b) Dubbelförsäljning 45
   c) Köpares borgenärsskydd 45
3. Preussisk rätt
   a) Förvärv från annan än rätt ägare 46
   b) Dubbelförsäljning 46
   c) Köpares borgenärsskydd 47
   d) Receptionen av det abstrakta sakrättsliga avtalet 48
4. Modern tysk rätt
   a) Förvärv från annan än rätt ägare 52
   b) Dubbelförsäljning 53
   c) Köpares borgenärsskydd 54
   d) Abstraktionsprincipens anseende i tysk doktrin 54
5. Fransk rätt
   a) Förvärv från annan än rätt ägare 56
   b) Dubbelförsäljning 57
   c) Köpares borgenärsskydd 58
   d) Utvecklingen av reglerna om dubbelförsäljning av fast egendom 59
6. Dansk och norsk rätt
   a) Förvärv från annan än rätt ägare 63
   b) Dubbelförsäljning 64
   c) Köpares borgenärsskydd 65
   d) Abstraktionsprincipen i äldre dansk och norsk rätt 65
7. Svensk rätt
   a) Förvärv från annan än rätt ägare 65
   b) Dubbelförsäljning 66
   c) Köpares borgenärsskydd 67
   d) Tendenser till abstraktion i svensk rätt 68
8. Sammanfattning och slutsatser 70

Kapitel 6. Förvärv av panträtt – pantförskrivningens verkan mot yngre pantborgenär och ny ägare
1. Inledning 72
2. Romersk rätt och äldre germansk rätt 72
3. Preussisk rätt 73
4. Modern tysk rätt 81
5. Fransk rätt 82

6. Dansk och norsk rätt 83
7. Svensk rätt 84
8. Sammanfattning och slutsatser 91
9. Bedömning av abstraktionsprincipen 92

Kapitel 7. Förvärv av nyttjanderätt – principen »köp bryter lega»
1. Inledning 97
2. Nyttjanderätt i den romerska rätten 98
3. Locatio conductio hos glossatorer och postglossatorer 100
4. Tysk rätt
   a) Utvecklingen intill 1888 års BGB-förslag 101
   b) 1888 års BGB-förslag 106
   c) BGB och viss senare lagstiftning 114
5. Fransk rätt
   a) Utvecklingen intill Code civil 115
   b) Code civil och viss senare lagstiftning 117
6. Dansk och norsk rätt 119
7. Svensk fastighetsrätt
   a) Utvecklingen intill 1875 120
   b) 1875 års inteckningsförordning 128
   c) 1907 års nyttjanderättslag
      ca) Inledning 133
      cb) Övergång till en »ipso-iure»-teori? 133
      cc) Frågan om god tro skulle krävas av ny ägare 136
      cd) Läget vid samtidig ansökan om inskrivning 140
   d) 1960 års förslag till jordabalk 141
   e) 1970 års jordabalk 142
   f) Lagstiftning under 1900-talet om begränsningar i fastighetsägares uppsägningsrätt m m 143
8. Svensk lösegendomsrätt
   a) Lagstiftning, äldre doktrin samt rättspraxis angående nyttjanderätt till lös sak 145
   b) Modern doktrin angående nyttjanderätt till lös sak 149
   c) Vissa regler om nyttjanderätt till annan lös egendom 154
   d) Några synpunkter på debatten om sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till lös sak 155
9. Sammanfattning och slutsatser 160

Kapitel 8. Närmare om vissa obligatoriska rättigheter
1. Inledning 166
2. Distinktionen mellan individuellt och generiskt bestämda anspråk
   a) Inledning 166

b) Prioritetsprincipen och preferensprincipen 167
c) Konkurrensprincipen 168
3. Återkrav vid ogiltighet, hävning och återvinning
a) Tysk rätt 169
b) Fransk rätt 169
c) Dansk och norsk rätt 170
d) Svensk rätt 171
e) Sammanfattning 172
4. Förköpsrätt, optionsrätt och återköpsrätt
a) Äldre tysk rätt samt preussisk rätt 172
b) Modern tysk rätt 173
c) Fransk rätt 174
d) Dansk och norsk rätt 175
e) Svensk rätt 175
f) Sammanfattning 177
5. Förbud mot överlåtelse eller pantsättning
a) Inledning 178
b) Tysk rätt 178
c) Fransk rätt 179
d) Dansk och norsk rätt 179
e) Svensk rätt 180
f) Sammanfattning 180
6. Avtal om enkelt bolag
a) Inledning 181
b) Tysk rätt 181
c) Fransk rätt 182
d) Dansk och norsk rätt 183
e) Svensk rätt 183
f) Sammanfattning 186
7. Röstbindningsavtal
a) Inledning 187
b) Tysk rätt 187
c) Fransk rätt 188
d) Dansk och norsk rätt 188
e) Svensk rätt 189
f) Sammanfattning 192
8. Diverse obligatoriska rättigheter
a) Inledning 193
b) Mindre ingripande ändamålsbestämmelser 193
c) Negativa servitut till lösöre 194
d) Villkor vid gåva av fast egendom 196
e) Ägarförbehåll till beståndsdelar 197
f) Preskriptibla anspråk 199

g) Vissa anspråk på skadestånd, försäkringsersättning och expropriationsersättning 200
9. Sammanfattning 201

Kapitel 9. Tredjemansskyddets gränser – återblickar och reformförslag
1. Inledning 203
2. Utvecklingen av begreppen sakrätt och obligatorisk rätt i Tyskland och Frankrike 203
3. Analys och kritik av rättighetsindelningen
a) Indelningens funktioner 206
b) Bedömning av rättighetsindelningen 208
4. Rättighetsindelningens betydelse i dansk, norsk och svensk rätt
a) Dansk och norsk rätt 211
b) Svensk rätt 212
5. Reformförslag
a) Metod, systematik och terminologi 216
b) Nyttjanderätt till lös egendom 217
c) Avtal om enkelt bolag 220
d) Röstbindningsavtal 221
e) Villkor vid gåva av fast egendom 221
f) Panträtt i fast egendom 222
g) Nyttjanderätt till fast egendom 224

Zusammenfassung 227
Förkortningar 245
Litteraturförteckning
a) Citerad litteratur 246
b) Övriga källor 256
Citerade svenska rättsfall 259
Sakregister 261

KAPITEL 1. INLEDNING

En uppmärksammad fråga i svensk civilrätt har varit vilken ställning som tillkommer nyttjanderätt till lös egendom i sakrättsliga konflikter, dvs vid konkurrens mellan nyttjanderättshavaren och tredje man, främst ny ägare och ägarens exekutionssökande borgenärer.[1]

I äldre doktrin såg man, efter förebild i framför allt tysk rätt, nyttjanderätt till lös egendom som en »obligatorisk» rätt, vilket medförde att rättigheten – i motsats till »sakrätter» som exempelvis äganderätt och panträtt – oberoende av besittningsläget ansågs sakna skydd mot såväl ny ägare som ägarens borgenärer. En konsekvens härav var också att nyttjanderätten ansågs ej heller kunna förvärvas genom godtrosförvärv i konkurrens med rätt ägare eller tidigare köpare. Denna uppfattning, som förespråkades bl a av Trygger i kommentaren till utsökningslagen (1904), grundades huvudsakligen på en analogi med den fastighetsrättsliga principen »köp bryter lega», vilken kom till uttryck i 16:15 äldre JB. Ett visst, ehuru ganska bräckligt stöd fick uppfattningen i rättsfallet NJA 1905 s 329, där en nyttjanderätt till lösöre fråntkändes verkan vid utmätning för ägarens gäld. Uppfattningen har senare också tagits som utgångspunkt för lagstiftning, bl a rörande testamentarisk nyttjanderätt (12:6 och 7 ÄB). I motiven till testamentslagstiftningen (1929) antog man dock, med hänvisning till viss rättspraxis rörande pantförskrivning av lös egendom, att nyttjanderätten måste respekteras av ny ägare som faktiskt känt till, icke blott »bort känna till» dess existens.

Under de senaste decennierna har åtskilliga författare uttalat sig för ett utökat tredjemansskydd för nyttjanderätt till lös egendom. En framträdande synpunkt har härvid varit att nyttjanderätt till lös egendom numera spelar en stor roll i det praktiska livet och att det därför kan sägas föreligga ett *behov* av tredjemansskydd för denna rättighetstyp.

Förr i tiden begagnades nyttjanderätt till lös egendom sällan och i huvudsak för att tillgodose tillfälliga behov av olika slag. Egendomens värde var litet. Numera förekommer däremot upplåtelser av nyttjanderätt till lös egendom i många olika sammanhang och det är ofta fråga om långvariga upplåtelser. Egendomen är ofta värdefull. Det är lätt att föreställa sig att en nyttjanderättshavare kan göra ekonomisk förlust om egendomen plötsligt tages ifrån honom.

[1] Se vidare nedan kapitel 7.8.

Om den förhyrda egendomen ingår i en produktionskedja kan det uppstå förlust genom avbrott i produktionen. Förlust kan uppstå också om nyttjanderättshavaren betalat hyra i förskott eller på annat sätt så att säga fått del i egendomens kapitalvärde. Vidare kan nyttjanderättshavaren åsamkas direkta utgifter vid byte av egendom.

Här bör man uppmärksamma bruket att – under beteckningen »leasing» – hyra ut maskiner, kontorsutrustning, fordon m m, särskilt den form därav som innebär att ett fristående leasingföretag inträder som finansiär och köper utrustning för att sedan hyra ut den till en enda nyttjanderättshavare under egendomens hela ekonomiska livstid (s k financial leasing). I sistnämnda fall betalar nyttjanderättshavaren under en relativt kort tid, 3–5 år (den s k basperioden), en hyra som inkluderar amorteringar på egendomens kapitalvärde. När amorteringarna vid basperiodens slut är klara, har nyttjanderättshavaren möjlighet att mot väsentligt lägre hyra fortsätta att nyttja egendomen så länge han vill. Att nyttjanderättshavaren kan göra en avsevärd ekonomisk förlust om egendomen tas ifrån honom vid basperiodens slut är uppenbart.[2]

Uppmärksammas bör också s k tidsbefraktning av fartyg. Tidsbefraktning innebär att fartyget, ofta redan före färdigställandet, för längre tid uthyres mot bestämd avgift. Eftersom fraktpriserna på den öppna marknaden svänger kraftigt i takt med konjunkturerna kommer den i förväg bestämda avgiften att ligga än över, än under det aktuella marknadspriset. Om befraktaren, t ex på grund av redarens konkurs, blir av med fartyget i ett läge där frakterna på den öppna marknaden ligger högre än vad han skall betala enligt befraktningsavtalet, kan han göra en avsevärd ekonomisk förlust genom att han tvingas att hyra ett annat fartyg mot högre frakt.[3]

De omständigheter som nu anförts har givit mig anledning att ägna mitt avhandlingsarbete åt en undersökning av *grunderna* för den traditionella uppfattningen om nyttjanderättens sakrättsliga ställning vid lös egendom, alltså principen »köp bryter lega» och indelningen av rättigheterna i sakrättigheter och obligatoriska rättigheter. Eftersom båda dessa företeelser har sina rötter i den romerska rätten och alltsedan medeltiden utvecklats i framför allt tysk och fransk rätt, har avhandlingen fått både en historisk och en komparativ inriktning. Det historiska perspektivet har motiverat en inledande allmän orientering (i kapitel 2) om rättsutvecklingen i de närmast berörda länderna, Tyskland och Frankrike, särskilt den reception av romersk rätt som varit en nödvändig

[2] Se ang leasing t ex Bengtsson, Särskilda avtalstyper I s 39 f, Henriz i TfR 1968 s 85 ff samt en osignerad artikel om finansieringsföretagen i tidskriften Affärsvärlden nr 4/1976 s 41 ff. Enligt sistnämnda källa har leasingmarknaden under 1970-talet vuxit med 50 % per år: Det totala anskaffningsvärdet för leasad egendom hos de sju stora finansieringsföretagen uppgick 1975 till närmare 1,3 miljarder. Enskilda leasingobjekt kan vara värda 20 miljoner (såsom en del av Klippans pappersmaskin i Håfreström).

[3] Se ang denna fråga Tiberg, Kreditsäkerhet i fartyg s 101 ff, Grönfors i Nordisk Gjenklang s 417 ff, särskilt s 430 ff, samt Lundell i FJFT 1965 s 243 ff (jfr samma tidskrift 1966 s 498).

förutsättning för utvecklingen av både principen »köp bryter lega» och indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter. I komparativt hänseende har jag funnit det naturligt att vid sidan av tysk rätt, där indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter drivits till ytterlighet och fortfarande spelar en avsevärd roll, redovisa icke blott fransk utan även dansk och norsk rätt. I dansk och norsk rätt har man nämligen under 1900-talet praktiskt taget helt frigjort sig från den äldre doktrinens beroende av den tyska rättens systematik och principer. Om således tysk rätt utgör den ena ytterligheten i detta sammanhang, så kan dansk och norsk rätt sägas stå för den andra, medan fransk och svensk rätt så att säga intar en mellanställning.

Däremot har jag inte funnit det motiverat att närmare behandla engelsk rätt. Indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter förekommer visserligen också i engelsk rätt,[4] men den spelar där en underordnad roll och någon betydelse för utvecklingen i svensk rätt synes den engelska rätten inte ha haft i detta sammanhang. Större anledning hade funnits att medtaga en redogörelse för finsk rätt, då den finska doktrinen stått nära den svenska i sitt beroende av å ena sidan tysk, å andra sidan dansk-norsk doktrin. Här nöjer jag mig dock – bortsett från sporadiska litteraturangivelser – med en allmän hänvisning till de i litteraturförteckningen redovisade läroböckerna i sakrätt av Kivimäki-Ylöstalo[5] och Zitting-Rautiala.[6]

Avhandlingens innehåll kan i övrigt kortfattat beskrivas som en utredning av den nämnda rättighetsindelningens funktioner och en undersökning av dess inverkan på särskilt den svenska rätten. Principen »köp bryter lega» är blott en del, låt vara en väsentlig del, av indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter. Av resultaten kan här förutskickas, att rättighetsindelningen fyllt ett flertal olika funktioner samt att svensk rätt påverkats av indelningen i olika sammanhang, som delvis icke tidigare rönt tillbörlig uppmärksamhet. En sammanfattning inrymmes i kapitel 9 (Tredjemansskyddets gränser – återblickar och reformförslag), som är avsett att kunna läsas separat och som också innehåller vissa förslag till kompletteringar och förbättringar i det svenska regelsystemet.

4 Se t ex Paton s 298 ff m fl st, Salmond s 235 ff och 424.
5 Kivimäki-Ylöstalo §§ 7, 8 och 12.
6 Zitting-Rautiala §§ 1 och 2.

KAPITEL 2. ALLMÄNT OM RÄTTSUTVECKLINGEN I FRANKRIKE OCH TYSKLAND, SÄRSKILT RECEPTIONEN AV ROMERSK RÄTT

1. Inledning

Båda de huvudfrågor som behandlas i denna avhandling – principen »köp bryter lega» och indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter – har utvecklats ur företeelser i den romerska rätten. Denna utveckling beskrivs närmare i det följande. Som bakgrund härtill vill jag inleda med en allmän och mycket kortfattad översikt över rättsutvecklingen i de närmast berörda länderna, Frankrike och Tyskland, fram till de stora, ännu i kraft varande kodifikationerna Code civil (1804) och Bürgerliches Gesetzbuch (BGB, 1896, ikraft den 1 jan. 1900). Särskilt uppmärksammar jag då den reception av romersk rätt som i olika omgångar skett i dessa länder alltsedan medeltiden.[1]

2. Rättsvetenskap i Italien från slutet av 1000-talet[2]

I slutet av 1000-talet påbörjades i Italien en renässans för den romerska rätten såsom en del av en allmän vetenskaplig uppblomstring. Centrum för studiet av den romerska rätten var Bologna, där en skola i romersk rätt blev grunden för ett universitet. Medelpunkten för studiet var det justinianska lagverket Corpus iuris civilis (fullbordat 534 e.Kr.), framför allt den del därav som kallas Digesterna eller Pandekterna. Studiet av den romerska rätten inspirerades av föreställningen att det romerska kejsardömet fortlevde i det tyskromerska riket, och man betraktade därför det justinianska lagverket som gällande rätt. Under det första skedet – fram till mitten av 1200-talet – var de s k glossatorerna verksamma. Glossatorerna analyserade och tolkade texten i Corpus iuris och försåg den med förklarande kommentarer (glossor). Särskilt strävade de efter att undanröja

[1] Som underlag för detta rättshistoriska avsnitt har jag använt huvudsakligen följande arbeten: Anners, E., Den europeiska rättens historia 1, 1975, och Europas rättshistoria, del 2, 1972; Chénon, E., Historie générale du droit français public et privé des origines à 1815, del I Paris 1926, del II Paris 1929; Conrad H., Deutsche Rechtsgeschichte, del I 2 uppl. Karlsruhe 1962, del II Karlsruhe 1966; Koschaker, P., Europa und das römische Recht, München-Berlin 1947; Wesenberg, G., Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung, 2 uppl. bearb. av G. Wesener, Lahr/Schwarzwald 1969; samt Wieacker, F., Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2 uppl. Göttingen 1967. I noter till rubriken till varje avsnitt anges på vilka ställen i nämnda arbeten de berörda frågorna företrädesvis behandlas.

[2] Anners I s 125 ff, Chénon I s 503 ff, Conrad I s 365 f, Koschaker s 55 f, Wesenberg § 3 och § 4 samt Wieacker §§ 2–5.

motsägelser emellan olika delar av lagverket. Som en slutpunkt i glossatorernas skede kan betecknas den s k »Glossa ordinaria», en sammanställning av övriga glossor, utförd av Accursius (död omkr. 1260). Glossa ordinaria fick stor praktisk betydelse som förmedlare av den justinianska rätten.

Glossatorerna avlöstes av de s k postglossatorerna (kommentatorerna, konsiliatorerna) vars verksamhet nådde sin höjdpunkt under 1300- och 1400-talen. Stora namn är här framför allt Bartolus (död 1357) och hans lärjunge Baldus (död 1400). Postglossatorerna arbetade icke blott med den justinianska rätten utan även med samtida lagstiftning och praxis. De skrev systematiserande framställningar och behandlade enskilda rättsfrågor mer utförligt, allt under en stark tro på den romerska rättens auktoritet. De var också – liksom glossatorerna – i stor utsträckning verksamma som juridiska rådgivare. Resultatet av deras verksamhet var en fusion mellan den justinianska rätten och samtida rätt.

Studiet av den romerska rätten i Bologna vann snabbt internationell ryktbarhet. Utländska studenter kom i stort antal för att där utbilda sig i romersk rätt. Genom dessa studenter spreds kunskapen om den justinianska rätten till andra länder, bl a Frankrike och Tyskland. Studiet av romersk rätt upptogs vid där grundade universitet, och från dem spreds sedan den romerska rätten vidare, dels genom produktion av juridisk litteratur, dels genom utbildning av en juristkader, som togs i anspråk för uppgifter i förvaltning, rättsskipning och lagstiftning (uppteckning av lokal sedvanerätt). Både den franska och den tyska rätten var på grund av sin stora splittring mycket mottagliga för inflytande från en enhetlig romersk rätt (ius commune, droit commun, gemeines Recht).

I glossatorernas anda upptogs under 1100-talet också en bearbetning av den kanoniska rätten. Den katolska kyrkan hade under medeltiden utvecklat en omfattande jurisdiktion, som berörde icke blott präster utan även i viss utsträckning lekmän. Inom denna jurisdiktion tillämpades kanonisk rätt (grundad på sedvana, församlingsbeslut och påvliga dekret). Den kanoniska rätten samlades omkring år 1140 av munken Gratianus i det s k »Decretum Gratianii» eller »Concordantia discordantium canonum». Såsom sistnämnda beteckning anger var avsikten att härmed harmonisera den kanoniska rätten, på samma sätt som glossatorerna harmoniserade den justinianska, värdsliga rätten. På grundval av Gratianus' dekret framväxte en rikhaltig kanonisk-rättslig litteratur, och den kanoniska rätten kom att parallellt med den värdsliga romerska i många frågor, bl a sakrättsliga, utöva ett starkt inflytande på den franska och den tyska rätten.

3. Senmedeltida reception av romersk rätt i Frankrike och Tyskland

a) Frankrike[3]

Den medeltida franska rätten präglades av stark splittring. Ända sedan 500-talet hade där utvecklats en markerad uppdelning i en sydlig del, där i huvudsak

[3] Chénon I s 486 ff, 500 ff, 524 ff, 553 ff, 681 ff, 816 ff och 870 ff, Koschaker s 55 ff, 87 ff och 223 ff m fl st samt Wesenberg § 6.

romersk rätt gällde (pays du droit écrit), och en nordlig del, där i huvudsak germansk rätt gällde (pays du droit coutumier). Inom båda dessa områden tillämpades ett stort antal »coutumes» (lokal sedvanerätt). Under 1400-talet fanns sammanlagt cirka 700 coutumes, varav cirka 360 i pays du droit coutumier och cirka 330 i pays du droit écrit.

Den romerska rättens renässans i Frankrike påbörjades i början av 1100-talet. Under 1200-talet inleddes på privat initiativ en uppteckning av de olika coutumes. Härvid gjorde den romerska rätten sig gällande vid tolkning och utfyllnad.

Från omkring 1140 gavs undervisning i romersk rätt i Paris. Det var emellertid inte Paris som skulle bli centrum för studiet av romersk rätt i Frankrike utan Orléans, Montpellier och Toulouse. Där inleddes undervisning i romersk rätt under förra hälften av 1200-talet. Att Paris inte blev centrum berodde på att påven, på den franske kungens begäran, 1219 förbjöd undervisning i romersk rätt där. Förbudet anses ha berott på bl a den franske kungens obenägenhet att erkänna »kejsarrätt», vilket skulle kunnat ge intryck av att han underkastade sig den (tysk)romerske kejsarens överhöghet. Först sedan de franska juristerna mot slutet av 1200-talet funnit på att den franske kungen var »imperator in regno suo», kunde den romerska rätten erkännas, dock endast som subsidiärt gällande sedvanerätt. Den romerska rätten gällde, sade man, icke »ratione imperii» utan blott »imperio rationis».

Med denna inställning kunde den romerska rätten snart åberopas till stöd för den franske kungens egna politiska anspråk i kampen mot feodalfurstarna. I och med detta vann de romerskrättsligt utbildade juristerna inträde i konungens råd – curia regis – som hade både politiskt rådgivande och dömande funktion. Från omkring 1250 delades rådet i ett »Conseil du roi», som fick den politiska funktionen, och ett »Parlement de Paris», som fick den dömande funktionen. Under 1300-talet blev Parlement de Paris en regelrätt högsta domstol med säte i Paris och regelbundna sessioner.[4] Under 1400-talet försvann allt lekmannainflytande ur domstolen. Parlement de Paris hade också en viss lagstiftande funktion. Sålunda fick den romerska rätten fäste i lagstiftning och rättsskipning. Dess betydelse förstärktes ytterligare genom den kår av advokater som var verksam vid Parlement de Paris.

b) Tyskland[5]

Även senmedeltidens Tyskland uppvisade stor splittring i rättsligt avseende. Mottagligheten för påverkan från en enhetlig romersk rätt var därför stor. I Tyskland inträdde receptionen dock senare än i Frankrike. 1400- och 1500-talen anges här som det betydelsefulla skede då den romerska rätten trängde in i

[4] Jfr Erik XIV:s »konungsnämnd».

[5] Conrad I s 351 ff och 364 ff, II s 339 ff, Koschaker på ett flertal ställen, Wesenberg s 72 ff och Wieacker §§ 6–11.

rättspraxis. Å andra sidan blev receptionen av romersk rätt i Tyskland intensivare än i Frankrike. Under 1400-talet uppstod en föreställning om att Corpus iuris recipierats »in complexu». Vad som recipierades var dock icke Corpus iuris i dess ursprungliga gestalt utan den av postglossatorerna – främst Bartolus – bearbetade romerska rätten.

Privata uppteckningar och kommentarer till den inhemska rätten förekom i Tyskland, liksom i Frankrike, redan på 1200-talet. Dessa uppteckningar, eller »Rechtsbücher», var mer eller mindre påverkade av romersk rätt. I särskilt stor utsträckning anses den s k »Schwabenspiegel» påverkad av romersk rätt (1275/76).

Universitet grundades i Tyskland från omkring 1350, alltså ett århundrade senare än i Frankrike. Till en början undervisades där blott i kanonisk rätt. Regelbunden undervisning i romersk rätt upptogs icke förrän i mitten av 1400-talet. Dessförinnan hade de tyska studenterna fått inhämta den romerska rätten vid universiteten i Italien och Frankrike.

En central dömande instans fick Tyskland först 1495, då det inrättades en Reichskammergericht. I detta skede var den praktiska receptionen av romersk rätt redan i full gång, och den nya domstolen förstärkte bara dess redan starka inflytande. Reichskammergericht skulle enligt sin instruktion till hälften bestå av rättslärda jurister (»doctores») och döma efter »des Reiches gemeinen Rechten», alltså romersk rätt.

Att receptionen av romersk rätt i Tyskland blev fullständigare än i Frankrike hade flera orsaker. Den djupast liggande förklaringen torde ha varit, att den politiska centralmakten saknat förmåga att skapa en enhetlig, väl dokumenterad, inhemsk rätt. Den inhemska rätten saknade stöd i officiella redaktioner, och en central dömande instans inrättades alltför sent för att kunna bli stöd för den inhemska rätten. Den inhemska rätten kom, trots att den i princip skulle tillämpas primärt, i praktiken ofta på undantag, därför att part som åberopade inhemsk rätt var skyldig att styrka innehållet i denna, vilket kunde vara nog så svårt. En bidragande orsak till intensiteten i receptionen var naturligtvis också föreställningen om den tyske kejsaren som direkt arvtagare till det romerska kejsardömet. På grund härav låg det nära till hands att betrakta den romerska rätten som gällande även i Tyskland i sin egenskap av »kejsarrätt». Receptionen befordrades i Tyskland vidare av att de juridiska fakulteterna, som uteslutande sysslade med romersk och kanonisk rätt, medverkade i rättsskipningen genom systemet med »Aktenversendung». Detta innebar att domstolarna i tvivelaktiga fall helt enkelt översände akten till en juridisk fakultet för yttrande. Systemet gick en tid så långt att de juridiska fakulteterna i praktiken fungerade som domstolar.

4. Humanism och naturrätt[6]

Under 1500-talet uppträdde i den franska rättsvetenskapen flera nya tendenser,

6 Anners II s 5 ff, Chénon II s 329 ff och 365 ff, Conrad II s 374 ff, Koschaker s 245 ff samt Wesenberg § 6 och § 18.

som brukar sammanfattas under beteckningen »den humanistiska skolan». Denna skola, som hade sitt centrum i Bourges, medförde ett ökat intresse för den romerska rätten. En tendens i den humanistiska skolan var dess reaktion mot postglossatorernas vetenskapliga metoder, som innefattade en stark tro på Corpus iuris auktoritet. Humanisterna vidgade synfältet och började betrakta källmaterialet med kritiska blickar. Man insåg att Corpus iuris icke var någon enhetlig lagstiftningsprodukt utan bestod av material som tillkommit vid olika tidpunkter. Detta ledde till försök att finna nytt källmaterial. Auktoritetstron var dock icke övervunnen. Främsta namn i denna historiska gren av humanismen var Jacques Cujas (1522–1590).

Andra tendenser i den humanistiska skolan var dess strävan efter systematisering och deduktion av specialregler ur allmänna satser. Främste företrädare för denna gren var Hugo Donellus (1527–1591). Skolan hade också ett lagstiftningsprogram i rationalistisk och nationalistisk anda, främst företrätt av François Hotomanus (1524–1590). Allt detta var företeelser som skulle förstärkas under de följande århundradena, delvis i naturrätten under 1600- och 1700-talen, delvis i den historiska skolan under 1800-talet.

Under 1600- och 1700-talen blomstrade naturrätten. Tanken på en evig, ur förnuftet härledd rätt var icke ny, men den fick vid denna tid ökad betydelse. Som den nya naturrättens grundare brukar anges holländaren Hugo Grotius (1583–1645). Bland franska företrädare kan nämnas Jean Domat (1625–1696), bland tyska Samuel Pufendorf (1632–1694) och Christian Wolff (1679–1754).

Naturrättslärarna såg i stor utsträckning den faktiskt gällande rätten som uttryck för en förnuftets rättsordning. Genom att de grundade rättens giltighet på något annat än auktoritetstro, gav de impulser till förnyelse och reformer. När naturrättsläran under 1700-talet på allvar började påverka den privaträttsliga lagstiftningen, antog den alltmer en nationell prägel. Man började intressera sig också för den inhemska rätten. Denna blev föremål för vetenskaplig behandling, och undervisning i inhemsk rätt upptogs vid universiteten. Samtidigt fick naturrätten, som i sitt tidigare skede hämtat mycket stoff från den romerska rätten, en gentemot denna alltmer fientlig hållning.

5. Rättsutvecklingen i Frankrike under tiden 1500–1804[7]

En betydelsefull företeelse i 1500-talets franska rättsliv var de officiella uppteckningarna av de olika coutumes. Den franske kungen hade redan 1454 beordrat en sådan uppteckning, men det var först under förra hälften av 1500-talet som arbetet därpå kom igång ordentligt. Det skedde i två omgångar. En första redigering ägde rum under förra hälften av 1500-talet, en andra under senare hälften. Coutume de Paris redigerades första gången 1510 och andra

[7] Chénon II s 292 ff, 321 ff och 365 ff, Wesenberg § 6 och § 20 III samt Wieacker §§ 15–19. Se även ang den revolutionära rätten och Code civil t ex Planiol I s 23 ff och 31 ff.

gången 1580. Ett stort inflytande på den andra redigeringen hade Charles Dumoulin (1500–1566). Coutume de Paris fick stor betydelse i praxis eftersom den tillämpades av Parlement de Paris. Redigeringen av de olika coutumes medförde att den inhemska rätten å ena sidan påverkades av romersk rätt vid själva redigeringsarbetet, å andra sidan i fortsättningen blev mera motståndskraftig mot inflytande utifrån.

Humanismen och naturrätten kom icke att få någon större betydelse för utvecklingen av rättspraxis. Humanism och naturrätt var – för att begagna ett tyskt uttryck – »Professorenrecht», medan det praktiska rättslivet – »Juristenrecht» – var traditionsbundet och utvecklades i sina gamla spår under stark strävan efter unifikation av rätten. Unifikationssträvandena ledde icke till framgång under monarkien, däremot uppnåddes en dualism, i det att den romerska rätten utvecklades till ett slags »droit commun» i pays du droit écrit och Coutume de Paris fick motsvarande funktion i pays du droit coutumier.

En framträdande rättsvetenskapsman under 1700-talet var Joseph-Robert Pothier (1699–1772), vars omfattande författarskap kartlade en stor del av den samtida franska rätten. Pothiers arbeten anses ha haft stor betydelse vid utformningen av de materiella reglerna i Code civil.

Efter revolutionen 1789 genomfördes i Frankrike en partiell lagstiftning i liberal anda, kallad »droit intermédiaire». Rättsenhet på det privaträttsliga området uppnåddes 1804, då Code civil antogs. Härigenom upphävdes bl a de olika coutumes och den romerska rätten, i den mån den tidigare gällt i Frankrike. Code civil innehåller material av olika slag – droit coutumier, romersk rätt och naturrätt – men anses dominerad av droit coutumier, alltså främst Coutume de Paris. Den är uppdelad i en »titre préliminaire» och tre böcker (»livres»), varav den andra behandlar sakrätten. Sakrätten är starkt påverkad av en strävan att åstadkomma »frihet i äganderätten», en reaktion mot det feodala system som länge levat kvar inom fastighetsrätten.

6. Rättsutvecklingen i Tyskland under tiden omkring 1600–1800[8]

Den naturrättsliga eran sammanföll i Tyskland med utbildningen av en syntes mellan inhemsk rätt och romersk rätt till vad som kallas »usus modernus pandectarum» eller bara »usus modernus». Man betraktade nu icke längre nationella avvikelser från den romerska gemeines Recht som missförstånd och försökte inte längre tolka skriven partikulärrätt i enlighet med den romerska rätten. Man godtog istället nationella variationer såsom sedvanerättsliga avvikelser från den romerska rätten. Framstående namn i denna skola var Benedict Carpzov (1595–1666) och Augustin Leyser (1683–1752).

Naturrättsliga systematiseringstendenser och nationella unifikationssträvanden ledde under 1700-talet i Tyskland fram till de båda stora lagverken »Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten» (ALR, 1794) och, strax efter sekelskiftet, »Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten

[8] Conrad II s 377 ff, 387 ff och 391 ff. Wesenberg §§ 16, 19 och 20 samt Wieacker §§ 12–14.

deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie» (ABGB, 1811). I dessa lagverk, varigenom äldre rätt, bl a den romerska rätten, upphävdes, förenades inhemsk rätt med naturrätt och romersk rätt. ABGB anses vara mera påverkad av naturrätt och romersk rätt än ALR. Sistnämnda lag var mycket omfattande – omkring 19 000 paragrafer – och innehöll icke blott civilrättslig utan även offentligrättslig lagstiftning. Den avlöstes år 1900 av BGB. ABGB, som i reviderat skick gäller än idag, är däremot ett rent civilrättsligt verk. Antalet paragrafer är omkring 1 500.

7. Den historiska skolan under 1800-talet och BGB[9]

Som en reaktion mot naturrättsskolans övertro på förnuftets betydelse i rättsbildningen uppstod inom rättsvetenskapen i början av 1800-talet, framför allt i Tyskland, en riktning som kallas den historiska skolan. Denna betonade det irrationella i rättsbildningen – »Volksgeist» – och hade på sitt program ett studium av rättens historiska utveckling. Inom skolan fanns en romanistisk och en germanistisk falang. Den romanistiska falangen, vars grundare och mest betydande företrädare var Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), fick stor betydelse för rättsutvecklingen i Tyskland, icke så mycket genom att den påverkade rättspraxis – det gjorde den som »Professorenrecht» icke i större omfattning – utan genom att dess företrädare dominerade universitetslivet och trängde in i lagstiftningsarbetet. BGB är i mycket stor utsträckning påverkad av läror som utbildats av den romanistiska historiska skolan.

Paradoxalt nog ledde den historiska skolan till en ny renässans för den romerska rätten. Savigny och hans lärjungar intresserade sig i praktiken blott för denna och betraktade den senare rättsutvecklingen i Tyskland, sådan den tagit gestalt i usus modernus, snarast som en förvanskning av den romerska rätten. Skolan var också mera dogmatisk än historisk, den utvecklade en omfattande systematik, där den tyska rätten pressades in i vad som kallades »heutiges römisches Recht» (pandekträtt).

Andra berömda namn inom den historiska skolans romanistiska falang var Savignys lärjungar Georg Friedrich Puchta (1798–1846), Bernhard Windscheid (1817–1892) och – till en början – Rudolph Jhering (1818–1892). Windscheid var en av de ledande vid utarbetandet av det första förslaget till BGB 1888.

I Frankrike fick den historiska skolan mindre praktisk betydelse, naturligtvis framför allt beroende på att Code civil hade en konserverande effekt på rättsbildningen. Däremot har dess dogmatik avsatt tydliga spår även i fransk doktrin.

BGB präglas av abstrakt lagstiftningsteknik och har liknats vid en till paragrafer förvandlad lärobok i pandekträtt. Icke minst gäller dess beroende av den historiska skolan för sakrätten, såsom vi senare skall se. Sakrätten behandlas i den tredje av fem »böcker».

[9] Anners II s 39 ff, Koschaker s 254 ff och 291 ff, Wesenberg §§ 21–23 och 25 samt Wieacker §§ 20–25.

KAPITEL 3. UTVECKLINGEN AV BEGREPPEN »SAKRÄTT» OCH »OBLIGATORISK RÄTT»

1. Romersk rätt och äldre germansk rätt

Distinktionen mellan sakrätter och obligatoriska rättigheter går ytterst tillbaka på den romerska indelningen i *actio in rem* och *actio in personam.* Denna indelning var emellertid processuell och icke någon indelning av materiella rättigheter.

Olika uppfattningar har framförts i frågan om den romerska rätten hade en materiellrättslig motsvarighet till indelningen i actio in rem och actio in personam.[1] Actio in rem skulle i så fall stått den till buds som hade en sakrätt och actio in personam den som hade en obligatorisk rätt. Så mycket synes dock klart som att begreppet »subjektiv rättighet» i modern mening var romarna främmande. Istället föreställde sig romarna en metafysisk makt, varigenom personer härskade över saker *(dominium)* eller andra personer, som då var bundna av *obligatio.* Denna makt gjordes gällande genom actio, som var en actio in rem om makten avsåg en sak (res corporales) och actio in personam om makten avsåg en person. Endast vissa typer av actio var medgivna, och full motsvarighet mellan den processuella och den materiella rätten synes icke ha förelegat. Obligatio kunde föreligga utan att det stod någon actio till buds.

I senklassisk och justiniansk rätt utbildades vid sidan av dominium såsom rättigheter med tillgång till actio in rem (sakrätter) vissa servitutsformer (bl a ususfructus), vissa nyttjanderättsformer (superficies och emphyteusis) samt panträtt (pignus).[2]

En köpare förvärvade i den romerska rätten dominium genom vissa formaliteter, framför allt genom tradition av egendomen. Partsavtalet grundade endast obligatio och medförde ingen skyldighet för säljaren att prestera in natura. Säljaren kunde välja mellan att prestera in natura och att betala skadestånd till köparen.[3]

[1] En redogörelse för den romerska rätten i förevarande avseende kan man finna t ex hos Ross s 247 ff, som menar att romarna hade en mot indelningen i actio in rem och actio in personam svarande materiellrättslig indelning. Ross stöder sig på Hägerströms utredning av det romerska obligationsbegreppet. Vidare finns en redogörelse för romersk rätt t ex hos Dubischar §§ 1 och 2, där förf. med hänvisning till andra författare med olika uppfattningar tar ställning mot förekomsten av en motsvarande materiellrättslig indelning. Jfr vidare t ex Fehr § 6, Kreller s 99 ff och Kaser I § 55. Ang actio in rem och actio in personam, se Kaser, Zivilprozessrecht § 47 III.

[2] Kreller s 214 ff, Kaser I § 38 och §§ 105 ff.

[3] Schwind s 95 ff, Kreller s 289, Ziebarth s 179 och 199 f, Kaser I §§ 100, 117 I.

Värt att notera är att begreppet obligatio i klassisk tid var underordnat begreppet res, så att obligationes betraktades som res incorporales. Först i justiniansk rätt bröts begreppet obligatio ut ur begreppet res, varvid det ställdes vid sidan av de tre förut grundläggande begreppen persona, res och actio. Initiativet härtill togs av en professor Theophilus just vid tiden för tillblivelsen av Corpus iuris civilis. Samtidigt etablerade Theophilus ett sådant förhållande mellan obligatio och actio, att obligatio förklarades vara »moder» till actio (»matres enim actionum sunt obligationes»).[4]

I äldre germansk rätt saknades motsvarighet till den romerska indelningen i actio in rem och actio in personam. Däremot anser man att det processuellt förekom en distinktion mellan anspråk som avsåg en sak och andra anspråk.[5] Avtal om köp torde ha medfört rätt till naturaprestation.[6]

2. Glossatorer och postglossatorer

Föreställningen om obligatio som moder till actio övertogs av glossatorerna, som utgick från att varje actio hade sin *causa*, d v s en materiellträttslig grund. Causa till actio in personam blev obligatio, causa till actio in rem blev *ius in re*, ett begrepp som i denna generella betydelse första gången förekommer i en fransk handskrift från 1100-talet, den s k Brachylogus.[7] Som motsvarighet till actio in personam uppträdde så småningom vid sidan av obligatio begreppet *ius ad rem*. Däremot förekom i äldre tid icke termen »ius in personam».[8]

Ius ad rem gav enligt postglossatorerna (Bartolus och Baldus) en köpare skydd mot senare ondtroende köpare vid dubbelförsäljning och, oavsett god tro, mot den som senare förvärvade den sålda egendomen av säljaren genom gåva. Till detta resultat kom man genom en analogisk tillämpning av actio pauliana, som i den romerska rätten skyddade borgenärer mot transaktioner av en insolvent gäldenär, under förutsättning att gäldenärens medkontrahent ägt kännedom om hans insolvens (jfr återvinningsinstitutet). Vetskap om en tidigare försäljning jämställdes alltså med vetskap om insolvens.[9]

Två teorier har framförts angående ursprunget till begreppet ius ad rem. Enligt den ena skulle begreppet ha sitt ursprung i den kanoniska rätten, där det betecknade en utsedd kyrklig befattningshavares rätt till de med befattningen förenade förmånerna redan innan han installerats i ämbetet.[10] Enligt den andra skulle begreppet ha sina rötter i den germanska rätten och ge uttryck för dess regler om omedelbar äganderättsövergång vid avtal om köp.[11]

4 Dubischar s 26 f, Affolter s 70 ff.
5 Fehr s 72, Brandt s 44 f och 198 ff samt 243 ff, Ross s 272.
6 Ziebarth s 179 ff.
7 Dubischar s 29 ff, Rigaud s 76 ff.
8 Se ang begreppet ius ad rem t ex Eisfeld s 2–13, Rigaud s 86 ff och Affolter s 110 ff.
9 Eisfeld s 2 f.
10 Rigaud s 86 ff.
11 Eisfeld s 3, jfr s 10.

3. Tysk och fransk doktrin

a) Humanistiskt inflytande

Humanismen medförde ett tilltagande intresse för systematisering av rättsstoffet, vilket också kom att inverka på själva begreppsapparaten. Under humanisternas inflytande förvandlades begreppet obligatio från att vara en *makt över en person* till att bli en *indirekt (medelbar) makt över en sak,* nämligen en genom gäldenärens person förmedlad makt över den sak som skulle presteras. Härmed sammanhängde att man under 1500- och 1600-talen kom att använda termerna obligatio och ius ad rem synonymt.[12] Härmed sammanhängde också att man kom att uppfatta ius ad rem (obligatio) som ett förstadium till ius in re.[13] Genom avtalet med gäldenären grundlades en ius ad rem, en indirekt makt över saken, som genom tradition av egendomen förvandlades till en direkt (omedelbar) makt över den, en ius in re.

b) Naturrätten

I naturrätten undergick både sakrättsbegreppet och obligationsbegreppet, inklusive begreppet ius ad rem, en förvandling. Uppfattningen av sakrätten (främst äganderätten, dominium) som en metafysisk makt över en sak undanträngdes nu av det moderna rättighetsbegreppet.[14] Det naturrättsliga äganderättsbegreppet var i motsats till det romerska »delbart» i olika befogenheter. Till följd härav kunde man tänka sig t ex en sakrättslig nyttjanderätt som en utbruten del av äganderätten, d v s en utbrytning som i motsvarande mån inskränkte ägarens befogenheter. Något sådant hade för romarna varit otänkbart.[15]

Samtidigt smittade den dittills för actio in rem reserverade egenskapen att gälla mot »var och en» av sig på den bakomliggande subjektiva rättigheten. Sakrätten blev en – fortfarande *omedelbar – rätt till en sak, som gällde mot var och en.* Som kriterium på sakrätten uppfattade man *rättsskyddet mot tredje man.*[16]

Under intryck av en pliktlära, vilken som motsvarighet till varje subjektiv rättighet konstruerade en plikt för gäldenären, förvandlades samtidigt obligationsbegreppet från att vara en indirekt makt över en sak till att bli en *rätt mot en person.*[17] Detta innebar att den obligatoriska rättigheten icke längre var

12 Ross s 273 ff, Eisfeld s 10 f, Dubischar s 42 ff.
13 Ross s 273.
14 Dubischar s 58 ff.
15 Se t ex Genius s 179 ff, Fischer s 333, Ziebarth s 184 f, Nordling s 25 f. Denna förändring av sakrättsbegreppet kommer icke fram i Ross' historiska översikt, se s 281 ff. Den romerska uppfattningen har beskrivits som oförmåga att skilja mellan äganderätten och saken, se t ex Demogue s 405 ff.
16 Dubischar s 63 ff.
17 Ross s 273 ff.

»medelbar». I tysk doktrin kom man härvid att skilja mellan obligatio och ius ad rem. Det senare begreppet reserverades för anspråk på individuellt bestämd egendom (före traditionen, vilken gjorde rättigheten till en sakrätt, ius in re).[18] I fransk doktrin fortfor man emellertid att betrakta dessa termer som synonyma, vilket sammanhängde med att man där under naturrättsligt inflytande samtidigt avskaffade de sista resterna av det romerska traditionskravet såsom förutsättning för äganderättsförvärv vid köp och lät själva avtalet grunda ius in re. I det läget hade man naturligt nog icke användning för någon särskild beteckning på anspråk avseende individuellt bestämd egendom före tradition.[19]

I ett tidigare skede av den naturrättsliga epoken synes distinktionen mellan sakrätt och obligationsrätt hos vissa författare ha suddats ut, varvid antingen den ena eller den andra sidan kommit att dominera. Bl a fransmannen Domat skall ha låtit den obligationsrättsliga sidan (förpliktelsen) dominera, medan hans landsman Bourjon framhöll den sakrättsliga sidan. Hos senare författare som Daries och Nettelbladt skall distinktionen åter ha fått större betydelse, en tendens som sedan förstärktes i 1800-talets historiska skola:

»So ist denn in dieser grundlegenden Beziehung ein zeitweilig verblasstes Prinzip römischen Ursprungs wieder aufs schärfste zur Geltung gelangt.»[20]

c) Usus modernus

I den tyska usus modernus utbildades, under inflytande av humanistiska och naturrättsliga systematiseringssträvanden och samtida begreppsbildning, en lära om förvärv av sakrätt i två led, den s k *läran om titulus och modus acquirendi.*[21] Om t ex ett köp eller en nyttjanderättsupplåtelse avsåg bestämd egendom, förvärvades enligt denna lära en ius ad rem redan genom avtalet (betecknat som titulus, Titel) och en ius in re genom den följande traditionen (betecknad som modus). Läran generaliserades så att varje rättighet som förenades med besittning betraktades som en sakrätt.[22]

Den som hade en ius ad rem, d v s här ett anspråk på individuellt bestämd egendom, var skyddad mot ondtroende köpare och ondtroende utmätningsborgenär, däremot icke mot fångesmannens konkursborgenärer. Nämnas bör också att ius ad rem gav rätt till naturaprestation.[23] En köpare med ius ad rem kunde alltså, under förutsättning att den köpta egendomen fanns kvar hos säljaren, framtvinga leverans av just denna egendom och var icke skyldig att nöja sig med skadestånd, så som fallet varit i klassisk romersk rätt.[24]

I systematiskt hänseende sammanfattades begreppen ius in re och ius ad rem i

18 Brandt s 43 ff och 85 ff, Eisfeld s 9 f.
19 Marty II:2 nr 52, Förster I s 122 not 11 med hänvisningar.
20 Schwarz s 601.
21 Brandt s 43 ff, Eisfeld s 9 f.
22 Jfr Heck s 86 och Brandt s 52.
23 Eisfeld s 5 f.
24 Ziebarth s 179 ff.

usus modernus under beteckningen »iura circa res» (förmögenhetsrätter), varigenom de ställdes i motsats till »iura personarum» (familjerättigheter). Det rättsliga materialet framställdes i romerskrättslig anda uppdelat på iura personarum, iura circa res och actiones.[25]

Den i usus modernus utbildade begreppsapparaten upptogs i den preussiska ALR 1794.[26]

d) Den historiska skolan

Under 1700-talet hade man alltså betraktat den obligatoriska rättigheten (obligatio, ius ad rem) som ett övergångsstadium till sakrätten (ius in re). Som kriterium på sakrätten hade man uppfattat rättsskyddet mot var och en tredje man. Häri inträffade redan under början av 1800-talet en förändring. Avgörande blev en av Feuerbach år 1803 utvecklad teori, där det väsentliga kriteriet på en sakrätt angavs vara ett *omedelbart förhållande till saken.* Feuerbach menade att rättsskyddet mot tredje man icke fick ses som det primära utan att detta endast var en konsekvens av det omedelbara herradömet över saken. Utmärkande för sakrätten var enligt Feuerbach också att det inte fanns någon förpliktad person. På grund härav utbildades uppfattningen att sakrätten var ett *rättsförhållande mellan en person och en sak* under det att den obligatoriska rättigheten var ett rättsförhållande mellan personer.[27]

Av betydelse för begreppsbildningen blev också konstaterandet att icke blott sakrätter utan även »familjerättigheter» gällde mot var och en. Detta ledde i början av 1800-talet till att sakrätter och familjerättigheter sammanfattades under beteckningen »absoluta rättigheter». Sålunda uppstod i den historiska skolan definitionen av sakrätten som en *absolut rättighet som har en sak till omedelbart föremål.*[28]

I motsats till sakrätter och familjerättigheter betecknades de obligatoriska rättigheterna som »relativa». I övrigt bevarades begreppet obligatorisk rätt i huvudsak sådant det utvecklats i naturrätten, alltså som en rätt mot en person; man frångick blott uppfattningen att objektet för rättigheten var den sak gäldenären skulle prestera, rättighetens objekt blev istället gäldenärens handling.[29] Den obligatoriska rättigheten blev härigenom en *rätt att av en person kräva en handling.* Som beteckning på den obligatoriska rättigheten utbredde sig i Tyskland termen »persönliches Recht» och i Frankrike termen »droit personnel».[30]

25 Eisfeld s 11, Dubischar s 65.
26 Eisfeld s 12, Brandt s 83 ff.
27 Ross s 279, Dubischar s 83 ff.
28 Dubischar s 73 ff, jfr s 99. Ang ursprunget till det absoluta rättighetsbegreppet i den romerska rätten, se t ex Demogue s 405 f.
29 Savigny, se Ross s 284.
30 Ross s 277.

För begreppet ius ad rem gick det i den historiska skolan illa. Det föll där offer för en strävan att åstadkomma en fullständig systematisk uppdelning av förmögenhetsrätten i två självständiga delar: Sachenrecht och Schuldrecht.[31] Denna systematiska åtskillnad, som innebar att den gamla romerska indelningen av det juridiska stoffet efter begreppen persona, res och actio övergavs, har satt djupa spår i den förmögenhetsrättsliga systematiken.

Ett väsentligt moment i den systematiska åtskillnaden mellan sakrätt och obligationsrätt var Savignys lära om *det abstrakta sakrättsliga avtalet.*[32] Savigny menade att traditionen vid köp var ett uttryck för parternas vilja att överlåta respektive mottaga äganderätten: genom att överlämna egendomen till köparen gav säljaren uttryck för sin vilja att överlåta, och genom sitt mottagande gav köparen uttryck för sin vilja att förvärva äganderätten. Av dessa båda viljeförklaringar konstruerade Savigny ett avtal, det sakrättsliga avtalet, som i motsats till det »obligationsrättsliga avtalet» (det vanliga köpeavtalet) förändrade det sakrättsliga läget, d v s överförde äganderätten från säljaren till köparen. I detta system fick det obligationsrättsliga avtalet endast till funktion att »förplikta» parterna att företaga den sakrättsliga handlingen. Det sakrättsliga avtalet förklarades vara »abstrakt», vilket innebar att dess giltighet var oberoende av giltigheten i det obligationsrättsliga avtalet. Hos Savigny hade det abstrakta sakrättsliga avtalet främst till uppgift att bringa reda i den tidens tämligen förvirrade misstagslära, men hans lärjungar utvidgade snart lärans tillämplighet till andra fall av ogiltighet. Snart såg man i *abstraktionsprincipen* den romerska rättens metod att åstadkomma säkerhet i omsättningen.[33]

Andra systematiska nyheter i den historiska skolan var att man i framställningar av det juridiska regelsystemet kastade om ordningen mellan familjerätt och förmögenhetsrätt samt bröt ut vad man uppfattade som gemensamma begrepp till behandling i en s k allmän del, som placerades först. Den förutvarande ordningen – persona, res, actio – blev nu allmän del, förmögenhetsrätt (uppdelad på obligationsrätt och sakrätt), familjerätt etc.[33a]

Den historiska skolans begreppsbildning och systematik lades till grund för BGB. I motiven till detta lagverk förklaras den obligatoriska rättigheten grunda »einen Anspruch auf Leistung gegen den Verpflichteten»; »als den Gegenstand eines Schuldverhältnisses bezeichnet der Entwurf ein Thun oder Unterlassen des Schuldners».[34] Sakrättens väsen förklaras ligga »in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache». Avgörande säges vara »dass das Recht sich ohne den Willen eines Anderen zu bethätigen vermag, dass das Vorhandensein eines Verpflichteten nicht erfordert wird». Ur sakrättens begrepp härledes dess absoluta verkan, dess verkan mot var och en. Sakrätternas antal förklaras vara

31 Se närmare nedan kapitel 5 vid not 16 ff.
32 Se till det följande Brandt s 66 ff.
33 Ihering III:1 s 202 ff. Jfr Brandt s 74 och framställningen hos Bramsjö s 116 ff.
33a Se t ex Dubischar §§ 7–9, Wieacker s 486 ff.
34 Motiven II s 5.

begränsat till vissa i lagen angivna. Man antog alltså den i det romerska actio-systemet grundade principen om *sakrätternas numerus clausus.*[35] BGB inleds med en allmän del. Sedan följer Recht der Schuldverhältnisse (Zweites Buch), Sachenrecht (Drittes Buch), Familienrecht (Viertes Buch) etc.

I fransk rätt går den historiska skolans begreppsbildning under beteckningen *la doctrine classique.* Sakrätten beskrivs där som »un droit direct sur une chose, créant un rapport immédiat entre la personne et la chose». Den obligatoriska rättigheten beskrivs som »un rapport entre deux personnes déterminées, le créancier et le débiteur». Den obligatoriska rättighetens objekt säges vara »une action ou une abstention du débiteur».[36]

Utmärkande för sakrätten är enligt den franska doctrine classique att den är utrustad med *droit de suite* och *droit de préférence,* kriterier som trots kritik fortfarande används. Med droit de suite menas vindikationsrätt, rätt att återkräva saken från vem som än innehar den. Med droit de préférence avses dels sakrätternas företräde framför obligatoriska rättigheter i konkurs, dels sakrätternas egenskap att vid konkurrens inbördes få företräde efter tidpunkten för sin tillkomst, så att äldre rätt har företräde framför yngre.[37]

e) Personalistiska teorier

Mot slutet av 1800-talet utsattes den historiska skolans sakrättsbegrepp för åtskillig kritik. Framför allt kritiserades den konsekvens därav som bestod i att sakrätten uppfattades som ett rättsförhållande mellan en person och en sak. Rättsförhållanden kan, menade man, endast existera mellan personer. Härigenom gavs ny näring åt en teori som framträtt redan i slutet av 1700-talet[38] och som uppfattade sakrätten som motsvarigheten till en förpliktelse för alla andra människor att respektera rättigheten. Medan den obligatoriska rättigheten motsvarades av en individuell positiv obligation (förpliktelse) för gäldenären, så motsvarades enligt denna lära sakrätten av en *passiv universell obligation.* Denna uppfattning av sakrätten, som under slutet av 1800-talet vann utbredning särskilt i Frankrike, går där under beteckningen *la doctrine personnaliste.*[39]

Skilda varianter av denna teori har gått olika långt i sina avvikelser från den historiska skolans sakrättsbegrepp. De mera radikala företrädarna för den nya teorien förnekade överhuvudtaget det berättigade i en tudelning av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter. Till dem hörde tyskarna Thon och Schlossmann,[40] som förnekade varje realitet i sakrättsbegreppet, och fransmannen Demogue, som argumenterade mot en tudelning av rättigheterna och ansåg dessa vara mer eller mindre skyddade mot tredje man.

35 Motiven III s 3.
36 Derruppé s 190, som åberopar Aubry et Rau II § 172.
37 Se närmare t ex Derruppé nrs 156 ff. Jfr densamme nrs 198 ff.
38 Dubischar s 91 ff. Jfr Demogue s 414, som åberopar Kant.
39 Dubischar §§ 11 och 12, Derruppé nrs 215 ff, Mazeaud I:1 nrs 164 ff.
40 Rigaud s 200 ff.

Demogue företrädde således en utpräglat relativ »sakrättsuppfattning». Demogue menade att den antagna inre skillnaden (difference de nature) mellan absoluta och relativa rättigheter inte existerade, utan att dessa rättigheter blott var varianter av samma sak. Lagstiftaren skulle enligt Demogue kunna erkänna den ena eller den andra rättigheten som absolut eller relativ, och avgörande skulle endast vara vilket tredjemansskydd han ville ge rättigheten. Den absoluta rättigheten är, sade Demogue, *le droit à contenu fort* medan den relativa rättigheten är *le droit à contenu faible.*[41] – Demogue gjorde också skillnad mellan två typer av tredjemansskydd, *sécurité statique* och *sécurité dynamique.*[42] Med sécurité statique menade Demogue det skydd för rättigheten som kommer till uttryck i den romerska satsen »nemo dat quod non habet» (ingen kan ge det han inte har). Som exempel på sécurité statique anförde Demogue rätt ägares skydd mot att en depositarie säljer hans egendom. Med sécurité dynamique menade Demogue en förvärvares skydd mot konkurrens med äldre pretendenter. – Demogues uppfattning och begreppsbildning är intressanta på grund av likheterna med den moderna nordiska doktrinens.[42a]

De mera konservativa företrädarna för en personalistisk sakrättsuppfattning utvecklade en förmedlande lära om förhållandet mellan personen och saken som *sakrättens inre sida* och förhållandet till tredje man som *sakrättens yttre sida.*[43] I Frankrike har en variant av denna uppfattning, utvecklad av Rigaud 1912, blivit uppmärksammad. Rigaud menade att någon grundläggande skillnad mellan sakrätter och obligatoriska rättigheter inte kan konstateras såvitt gäller rättigheternas yttre sida (förhållandet till tredje man) men väl ifråga om deras inre sida (förhållandet till saken). Beträffande den inre sidan anknöt Rigaud till den historiska skolans sakrättsbegrepp.[44]

f) Moderna teorier och härskande doktrin

Genom BGB-motiven fick den historiska skolans begreppsbildning i Tyskland helt naturligt en slags officiell prägel, som hämmat vidare spekulationer. Helt har dock inte nytänkande saknats. Man kan urskilja försök till en relativisering av sakrättsbegreppet. Det har gjorts gällande att en rätt kan vara verksam mot tredje man i ett avseende utan att vara skyddad i andra avseenden. Enligt denna uppfattning skulle det finnas »verschiedene 'Eigenschaften' oder 'Merkmale' der Dinglichkeit». Beteckningen »sakrätt» skulle, har man menat, inte reserveras för absoluta rättigheter utan även kunna användas om rättigheter, som åtnjuter tredjemansskydd i endast mindre omfattning.[45]

41 Demogue s 405 ff, som också ger en historisk översikt, samt s 440 ff. Jfr Ginossar s 12 med not 23.
42 Demogue s 70 ff.
42a Jfr nedan vid not 55 ff och 62 a.
43 Rigaud s 173 ff och 307 ff.
44 Rigaud s 307 ff, särskilt 320 och 338. Jfr Derruppé nr 169, Ginossar s 16 f.
45 Se Kühne s 11 ff.

I Frankrike har fantasien blomstrat även i modern tid, och man kan räkna till åtminstone tre skilda teorier efter Rigaud. Den första presenterades av Chaveau 1931[46] och innebar att sakrätten definierades som en i pengar uppskattbar, omedelbar makt över en sak. Den andra presenterades av Derruppé 1951[47] och innebar att sakrätter är rättigheter som »accordent à un individu un pouvoir sur une chose, pouvoir de retirer d'une chose certaines utilités» och obligatoriska rättigheter sådana som »accordent à leur titulaire un pouvoir contre une personne, pouvoir d'exiger d'une personne certains services».[48] Ingen av dessa tämligen intetsägande teorier synes ha haft någon nämnvärd framgång. Detsamma torde få sägas om den tredje och senaste mera distinkta teorien, framställd av Ginossar 1960.[49] Denne definierar sakrätten som motsvarigheten till en »obligation réelle», d v s en reallast (hypotek, servitut, avkomsträtt etc) som inte är förbunden med personligt betalningsansvar. Obligatoriska är enligt Ginossar just rättigheter som innebär personligt betalningsansvar för gäldenären. Äganderätten är enligt Ginossar den enda absoluta rättigheten medan övriga rättigheter, både sakrätter och obligatoriska rättigheter, är relativa.

Den härskande uppfattningen torde i både Tyskland och Frankrike nära ansluta sig till den historiska skolans begreppsbildning.[50] Sakrätten beskrivs som en omedelbar rätt till en sak som gäller mot tredje man. Den obligatoriska rättigheten beskrivs som en rätt mot en person och säges ha gäldenärens handling till objekt. I Frankrike är, som sagt, begreppen droit de suite och droit de préférence icke övergivna, trots att de utsatts för mycken kritik.

4. Dansk och norsk doktrin

I anslutning till utvecklingen på kontinenten upptogs i dansk 1700-talsdoktrin distinktionen mellan ius in re och ius ad rem (obligatio). Även omvandlingen av dessa begrepp i den tyska historiska skolan, dess systematik – uppdelningen av förmögenhetsrätten i sakrätt och obligationsrätt – samt läran om det sakrättsliga avtalet spred sig till dansk doktrin.[51] Sedan slutet av 1800-talet har emellertid en relativisering av rättighetsbegreppet, som främst varit ett resultat av diskussionen om tidpunkten för äganderättens övergång vid köp,[52] lett till att dessa läror alldeles övergivits. I samband härmed har man som en realitet bakom läran om rättigheternas indelning i sakrätter och obligatoriska rättigheter uppmärksammat skillnaden mellan anspråk på individuellt bestämd egendom (viss sak) och anspråk på generiskt bestämd egendom (viss myckenhet).[53]

46 Derruppé nr 233.
47 Derruppé nrs 240 ff.
48 Derruppé nr 254.
49 Ginossar s 93 f och 121 ff.
50 Se beträffande tysk rätt t ex Baur § 2 I 1 a) och Westermann § 2, beträffande fransk rätt t ex Colin-Capitant I nr 53 och Mazeaud I:1 nrs 164 ff.
51 Kruse II s 809 ff, Illum s 11 ff, Augdahl s 418 ff.
52 Se t ex Braekhus-Haerem s 376 f.
53 Kruse I s 177 ff, II s 1245 ff och III s 1350 ff.

En framträdande plats i denna utveckling intar Ross' arbeten »Virkelighed og Gyldighed i Retslaeren» (1934) och »Ejendomsret og Ejendomsovergang» (1935), som torde haft stor betydelse i nordisk doktrin. Även Ross' distinktion mellan *statiskt* och *dynamiskt tredjemansskydd* – av allt att döma i terminologiskt hänseende inspirerad av Demogue – har fått betydelse i nordisk doktrin. Här lämnas därför en redogörelse för huvuddragen i Ross' teori.[54]

Med statiskt tredjemansskydd menar Ross rättighetens skydd mot angrepp utifrån i en situation då det varken är fråga om rättighetens tillkomst, upphörande eller överlåtelse. Det statiska skyddet tillgodoses genom regler om vindikation, skadestånd och (eventuellt) straff. Med dynamiskt skydd menas skydd vid rättighetens överlåtelse eller tillkomst, d v s då en förändring inträder i rättighetens subjekt. Det dynamiska skyddet består i att ett av flera, i och för sig vid en isolerad betraktelse giltiga, konkurrerande förvärv ges företräde framför de andra.

Ross påpekar att begreppet tredjemansskydd har olika innebörd när man talar om dynamiskt skydd och statiskt skydd. Vid ett statiskt betraktelsesätt är skyddet ett abstrakt moment i rättighetens värde för innehavaren. Skyddet består av en uppsättning processuella regler som ställer tvångsmedel till rättighetshavarens förfogande. Skyddets styrka uttrycker »Graden af Sandsynlighed for, at B's reale Position faktisk ikke vil blive forstyrret».[55] Ju starkare skydd genom straff, vindikationsrätt etc, desto större sannolikhet för att rättigheten består. – Vid ett dynamiskt betraktelsesätt, menar Ross, är skyddets styrka detsamma som »Graden af Sandsynlighed for, at B virkelig er (bliver) den berettigede, d v s den, der succederer i A's Position».[56]

Ur analysen av det dynamiska skyddet drar Ross sedan två slutsatser. För det första konstaterar han att det dynamiska skyddet icke har något att göra med förhållandet mellan materiell rätt och process och icke är ett abstrakt moment i rättighetens innehåll utan något i förhållande härtill alldeles självständigt och oavhängigt. Antagandet om ett samband mellan rättighetens innehåll och det dynamiska tredjemansskyddet – vilket säges vara kärnan i den historiska skolans sakrättsbegrepp – är därför enligt Ross oriktigt. För det andra konstaterar Ross att detta antagande redan på förhand är dömt att vara falskt på grund av följande resonemang. Eftersom reglerna om det dynamiska skyddet är regler om upplösning av en konflikt mellan två vid en isolerad betraktelse i och för sig giltiga rättigheter, kan skillnaden i skyddet omöjligen vara omedelbart knuten till den enskilda rättighetens innehåll som sådant, utan måste denna nödvändigtvis vara omedelbart knuten till skillnader i kollisionstyper. Antar man en tudelning av rättigheterna på grund av deras innehåll (a, b), måste ett samband mellan innehåll och skydd nödvändigtvis ge tre kollisionstyper, nämligen a–a, b–b och

[54] Ross s 206 ff och kapitel XII, särskilt s 306 ff, jfr densamme, Ejendomsret passim. Jfr Kruse I s 186 f. Ross åberopade dock icke Demogue just ifråga om indelningen i statiskt och dynamiskt tredjemansskydd.

[55] Ross s 207.

[56] Ross s 298.

a–b. Själva problemställningen, om vissa rättigheter är utrustade med skydd och andra inte, är falsk och har uppstått genom en sammanblandning av begreppen statiskt och dynamiskt tredjemansskydd. – Bakom distinktionen mellan sakrätter och obligatoriska rättigheter finns emellertid, menar Ross, en reell skillnad mellan individuellt och generiskt bestämda anspråk. De förra kallar Ross »Tingsrettigheder», de senare kallar han »Fordringsrettigheder». Härigenom utmönstras begreppet »fordringsrätt till en individuellt bestämd sak» som en contradictio in adiecto.[57]

Ross konstaterar vidare att vissa principer, efter vilka de olika kollisionstyperna faktiskt upplöses, kan urskiljas i rättsordningen. Vid kollision mellan två individuellt bestämda anspråk tillämpas *prioritetsprincipen,* som ger företräde åt det äldre anspråket, modifierad av regler om exstinktiva förvärv i god tro etc. Vid konkurrens mellan generiskt bestämda anspråk tillämpas *konkurrensprincipen,* som ger borgenärerna proportionell utdelning i konkurs, modifierad av regler om förmånsrätt för vissa fordringar m m. Vid konkurrens mellan ett individuellt och ett generiskt bestämt anspråk, slutligen, tillämpas *preferensprincipen,* som ger företräde åt individuellt bestämda anspråk, dock även den med vissa begränsningar, såsom regler om återvinning, krav på offentliggörande m m.[58]

Problemet med äganderättens övergång betecknar Ross som ett fragment av exstinktionsproblemet.[59] Frågan huruvida köparen vid en viss tidpunkt skall anses vara ägare kan enligt denna uppfattning icke besvaras på annat sätt än med en bedömning av om köparens rätt skall stå sig enligt prioritetsprincipen eller måste vika enligt någon exstinktionsregel. Svaret kan alltså väl tänkas bli olika beroende på vilken tredjemansrelation man väljer.

Den analys av förhållandet mellan rättigheternas innehåll och deras rättsskydd mot tredje man som sålunda fullbordades av Ross har lett till att man i modern dansk doktrin undviker att tala om sakrätter och obligatoriska rättigheter, likaväl som man erkänner att dessa begrepp icke är ägnade att läggas till grund för en systematisk indelning av förmögenhetsrätten på det sätt som skett i tysk rätt.[60] Den gamla systematiken med en uppdelning av förmögenhetsrätten i en sakrättslig och en obligationsrättslig del har visserligen inte helt kunnat överges, men man betraktar den sakrättsliga problematiken som något som berör varje rättighetstyp, som en aspekt vid sidan av andra när de med rättigheten förenade reglerna behandlas.[61]

57 Ross s 311. Jfr Ziebarth s 204, som menade detsamma om en »persönliches Recht zur Sache». Recht zur Sache var den tyska termen för ius ad rem.
58 Ross s 398 f.
59 Ross, Ejendomsret kapitel V och VI.
60 Se t ex Illum s 18. Jfr Kruse I s 190 ff.
61 Jfr hänvisningar hos Hessler s 5.

I norsk doktrin, där man tidigare också var starkt beroende av den tyska historiska skolans begrepp och systematik, har relativiseringen av äganderättsbegreppet lett till en likartad utveckling.[62]

I både dansk och norsk doktrin anses statiskt tredjemansskydd innebära det skydd en rättighet åtnjuter i »viloläge» och dynamiskt skydd det skydd rättigheten åtnjuter i en överlåtelsesituation.[62a] Detta är något annat än Demogues indelning i sécurité statique och sécurité dynamique, där det statiska skyddet synes ha varit detsamma som skydd enligt prioritetsprincipen och det dynamiska skyddet detsamma som skydd för det yngre förvärvet enligt exstinktionsregler. Skillnaden mellan de båda indelningarna framträder konkret bl a vid dubbelförsäljning, där den *förste* köparens skydd mot den senare enligt Demogue blir statiskt, enligt Ross och hans efterföljare dynamiskt.

5. Svensk doktrin

Distinktionen mellan ius in re och ius ad rem synes ha vunnit inträde i svensk doktrin under 1600-talet, då inflytandet från tyskromersk gemeines Recht allmänt var stort.[63] Under 1700-talet recipierades läran om titulus och modus, exempelvis av Nehrman (Inledning Til Then Swenska Iurisprudentiam Civilem, 1729), som talade om modus acquirendi som »thet factum, hwarmed ägendomen lemnas åt en annan» och om titulus som »orsaken, hwarföre förre ägaren lemnat egendomen til någon... exempli gratia kiöp, byte...»[64] Också Tengwall (Twistemåls Lagfarenhet, 1794) talade om »titulus acqvirendi» och om modus »hwarpå den blifwer werkställd, t. ex. utmätning, införsel, lämnande i handom, lottning wid arfskifte».[65] Även i systematiskt avseende var litteraturen under 1600- och 1700-talen starkt påverkad av tysk doktrin. Exempelvis Kloot (Then Swenska Lagfarenheetz Spegel, 1676) skilde mellan rätten om personer, rätten om saker och rätten om sakers lagsökning (personae, res, actiones).[66]

I början av 1800-talet berördes indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter i motiven till det 1815 framlagda förslaget till handelsbalk. I anslutning till en diskussion om äganderättens övergång vid köp tog lagkommittén där avstånd från den »skillnad, som Philosopherne och Juris Consulti göra emellan *rätt i ting* (jus in re) och *rätt till ting* (jus ad rem, eller in personam)», varvid med jus in re förstods en »sådan rättighet, som tillkommer någon omedelbart uti ett ting, och i grund hwaraf han kan derifrån utesluta alla

62 Braekhus-Haerem s 3 f, Augdahl s 3 ff och 421 ff.
62a Kruse I s 186 f, Braekhus-Haerem s 385 med not 1.
63 Se Jägerskiöld, Studier s 131. Jfr ang receptionen av romersk rätt i Sverige allmänt hela detta arbete samt samme författares Handelsbalkens utländska källor.
64 s 130.
65 s 47.
66 s 11.

andra» och med jus ad rem förstods »den rättighet, någon äger emot en eller flere personer, som äro skyldige att gifwa honom något, eller göra något för honom».[67] Lagkommittén föreställde sig istället en sakrätt som en »rättighet, hwilken någon äger ej blott mot wissa bestämda personer, som äro honom förbundne, utan i afseende på ett visst ting».[68] Häremot ställde lagkommittén (i motiven till 1826 års förslag till handelsbalk) en *fordran,* varmed menades anspråk på penningar eller varor »som skola wägas, mätas eller räknas».[69] Enligt kommitténs mening kunde man väl tänka sig att en köpare fick äganderätt (sakrätt) i förhållande till säljaren och ändå löpte risken att få vika för senare godtroende köpare, som måste skyddas därför att eljest omsättningen blev osäker.[70] Lagkommitténs sakrättsbegrepp var alltså utpräglat relativt. Kommittén föreställde sig att ett anspråk på individuellt bestämd egendom kunde vara skyddat mot tredje man i vissa avseenden utan att vara det i alla. – I lagberedningens motiv till 1850 års förslag till handelsbalk kommenterades icke denna lagkommitténs uppfattning.

Med början under 1840-talet blev den svenska juridiska litteraturen rikligare. Under de följande decennierna kan man hos författare som Schrevelius,[71] Nordling[72] och Olivecrona[73] finna ett sakrättsbegrepp som i nära anslutning till tysk doktrin bestämmer sakrätten som en omedelbar rätt till en sak, gällande mot var och en. Här finns alltså omedelbarheten (i motsats till den tidigare medelbara ius ad rem, eller obligatio), begränsningen till en sak (varigenom den tyska doktrinen skilde sakrätterna från familjerättigheterna) och absolutheten (giltigheten mot var och en). Vanligen tänkte man sig också sakrätten som en motsvarighet till en förpliktelse för varje annan person att respektera rättigheten, alltså ett »personalistiskt» inslag.[74]

Samtidigt beskrevs »obligationen» som ett rättsförhållande mellan två personer av den beskaffenheten att den ene av dem har rätt att av den andre fordra en handling. Termen ius ad rem användes, åtminstone av Schrevelius, som synonym till termen fordran och termen obligation.[75]

Även den historiska skolans systematiska nyheter började nu tränga in i svensk doktrin. Här framstår Schrevelius' lärobok i civilrätt som ett övergångsled. Schrevelius är tydligt påverkad av den nya systematiken med en allmän del först och förmögenhetsrätten före familjerätten, när han kallar första delen av sitt arbete »Inledning eller allmänna praenotationer», andra delen »Förmögenhetsrätten» (uppdelad på sakrätt och obligationsrätt) samt tredje delen »Familjerätten».

67 Lagkommitténs förslag till handelsbalk 1815, motiven s 6 f. 1826 års motiv var praktiskt taget likalydande, se dessa motiv s 163.
68 1815 års motiv till handelsbalk s 12.
69 1826 års motiv till handelsbalk s 168.
70 1815 års motiv till handelsbalk s 8, 1826 års motiv s 163.
71 Schrevelius I §§ 81 och 82.
72 Nordling, Om servituter, 1859, s 31 och 33.
73 Olivecrona, Sakrätt, 1870 s 3.
74 Schrevelius och Nordling ibid.
75 Schrevelius ibid.

Samtidigt förekommer emellertid i den första delen en uppdelning på personer, ting och rättsförhållanden, vilket var den äldre romerska indelningen (personae, res, actiones).[76] Nämnas kan för övrigt också att Schrevelius, och ännu senare Olivecrona (1870), talade om modus adquirendi.[77] Denna terminologi – en reminiscens av 1700-talets lära om titulus och modus – var emellertid övergiven när Ask utgav sina föreläsningar 1889. Ask talade visserligen om »adqvirenten» men icke om modus utan endast om laga fång.[78]

Man torde kunna påstå att den tyska historiska skolans absoluta sakrättsbegrepp dominerade den svenska doktrinen under denna tid, som närmare kan bestämmas till cirka 1840–1875. Under ytan levde emellertid en mera traditionell, relativ sakrättsuppfattning kvar vid sidan av den absoluta. Skarpa motsättningar mellan företrädare för den relativa och den absoluta sakrättsuppfattningen kom i dagen under förarbetena till 1875 års inskrivningslagstiftning (lagfartsförordningen och inteckningsförordningen). Ett förslag av den s k hypotekskommittén 1867, som dock aldrig ledde till lagstiftning, präglades av det absoluta sakrättsbegreppet. Såsom föredöme framställdes där den sachsiska inskrivningslagstiftningen från år 1843,[79] vilken (felaktigt) sades innebära att överenskommelsen mellan kontrahenterna endast grundade ett personligt anspråk eller en relativ rätt helt utan betydelse för tredje man,[80] medan sakrätten vanns genom inskrivning i fastighetsboken. I överensstämmelse härmed ville kommittén göra offentligheten till villkor för förvärvandet av all sakrätt i fast egendom.[81]

1867 års kommittéförslag ledde emellertid som sagt icke till lagstiftning. Istället kom 1875 års inskrivningslagstiftning att grundas på ett förslag som utarbetats inom den s k lagbyrån, där man tog ställning för en relativ sakrättsuppfattning med rötter i bl a de tidigare civillagsförslagen.[82] Segern för det relativa – germanska, eller om man så vill, naturrättsliga – sakrättsbegreppet vanns emellertid inte utan strid. Meningarna bröt sig särskilt kring 12 § lagfartsförordningen, som handlade om dubbelförsäljning av fast egendom, och

76 I företalet till första delen nämner Schrevelius att han hämtat mycket från Savigny. Jfr ovan vid not 33a.
77 Olivecrona, Sakrätt s 31 ff.
78 Ask s 23 m fl st.
79 Kommittéförslaget s 12.
80 I själva verket präglades den sachsiska lagen av den s k legalitetsprincipen. Jfr nedan kapitel 5 vid not 26 f. Någon »abstraktion» från det bakomliggande förhållandet var det alltså här inte fråga om, se §§ 22 och 23 i lagen, kommenterade t ex hos Heyne I s 144 ff. Jfr Hedemann 2:2 s 231. Jfr ock kommitténs egen redogörelse s 15, där avgörandet av kollisionsfall säges enligt lagens kommentatorer bero av »bona eller mala fides hos kontrahenterna.»
81 Kommittéförslaget s 27, jfr dock s 33, där kommittén synes avse att skydda blott godtroende förvärvare. Möjligen avsågs dock här god tro rörande äldre »sakrätt», vilket var den tyska definitionen av god tro. Se t ex Regelsberger §§ 27 och 28.
82 Prop 1875:27.

kom i första hand att avse frågan om köparen förvärvar en sakrätt redan genom avtalet eller först genom lagfarten. Lagbyråns förslag, som överensstämde med motsvarande stadgande i en förordning 1845 och som oförändrat upphöjdes till lag, löd sålunda:

»Öfverlåter någon egendom till flera, gälle den öfverlåtelse, derå lagfart först sökes. Har lagfart å de särskilda öfverlåtelserna blifvit sökt samma dag, vare den öfverlåtelse gällande, som först skedde. . .[83]

Förslaget angreps under förarbetena av företrädare för det absoluta sakrättsbegreppet, vilka i sakrätten såg en rättighet gällande mot var och en.[84] Bland dem fanns riksdagsmannen och filosofiprofessorn Sigurd Ribbing, som yrkade avslag på hela lagförslaget med hänvisning till oklarheten i dess sakrättsbegrepp. I regeln att det äldre förvärvet vid samtidig ansökan om inskrivning skulle ha företräde framför det yngre såg Ribbing ett uttryck för uppfattningen att sakrätten förvärvades genom avtalet. Men i så fall, menade Ribbing, fick en senare köpare, som först sökte lagfart, genom regeln i första punkten en rättighet som var starkare än den förste köparens genom avtalet förvärvade sakrätt. Någon sådan tredje rättighetskategori vid sidan av sakrätten och obligationen kunde Ribbing inte acceptera:

». . . lika klart är ock, att, då i och med fordran och sakrätt de möjliga förhållandena mellan den berättigade och den förpligtade äro uttömda, ett tredje slag af rätt jemte de två nyssnämnda ej finnes, och att alltså den egentliga decisionen vid rättskollissioner, härmed gjorts beroende af en logiskt omöjlig fiktion.»[85]

Själv förordade Ribbing den s k publicitetsprincipen, som innebar att sakrätten förvärvades genom offentliggörandet, och han ville i regeln om företräde för den köpare som först sökte lagfart se ett uttryck för denna princip.[86]

Bland försvararna av lagförslagets segrande relativa sakrättsbegrepp vid riksdagsbehandlingen må här citeras justitierådet Carleson:

[83] Prop 1875:27 s 6. 1845 års förordning var intagen i lagboken under 16:16 JB.

[84] Se framför allt förhandlingarna i första kammaren den 15 maj 1875, FK prot III s 22 ff.

[85] Ribbings reservation till lagutskottets utlåtande 1875:19 s 75.

[86] Ribbing i nämnda reservation s 69—78. Jfr första kammarens protokoll den 15 maj 1875, FK III s 22 ff. Jfr ock yttrandet av greve Eric Sparre i andra kammarens protokoll den 18 maj 1875, AK V s 30. Sparre hade varit ordförande i hypotekskommittén. I dess kommittéförslag fanns för fall av samtidig ansökan om inskrivning regeln att de sökande skulle äga lika rätt, se 1 kap 2 §.

»... den framställning, som af den förste talaren (Ribbing) nyss blifvit gjord, och som slutat med yrkandet å afslag, föranlåter mig att göra den anmärkning, att hela hans demonstration grundar sig på en definition af begreppet sakrätt, som, efter min tanke är oriktig och ej får antagas utan att vara till riktigheten bevisad. Med sakrätt förstods redan efter den romerska rätten en omedelbar rätt till kroppsliga ting, hvaraf visserligen följde, att den i allmänhet kunde göras gällande mot hvar man; men denna rättsverkan innefattade icke, på sätt den förste talaren antog, någon beståndsdel af sakrättens väsende, och var icke ovilkorlig så att icke sakrätten understundom visade sig såsom blott relativ. En likartad bestämning af sakrättens betydelse återfinnes jemväl hos nyaste tiders rättslärde, t.ex. Ahrens och Warnkönig...»[87]

Vad som förekommit under förarbetena till 1875 års inskrivningslagstiftning blev icke utan betydelse för utformningen av sakrättsbegreppet i senare svensk doktrin. Nordling, som redan i andra upplagan av sitt arbete om servitut (1868) tagit avstånd från den absoluta sakrättsuppfattningen,[88] försvarade i sin kommentar till »lagfarts- och inteckningslagarne» - i polemik med Ribbing – den relativa sakrättsuppfattning som lagts till grund för lagstiftningen.[89] Ask polemiserade (i Svensk sakrätt, 1889) mot Schrevelius' sakrättsbegrepp. Utmärkande för sakrättsbegreppet var visserligen också enligt Ask att sakrätten hade en sak till omedelbart föremål, men i motsats till Schrevelius inlade Ask däri icke att sakrätten gäller mot alla.[90] Om Björling med uttalandet (i Kompendium i svensk obligationsrätt, 1914) att sakrätten »i princip» är riktad mot alla andra ville ge uttryck åt en relativ sakrättsuppfattning är kanske mera osäkert.[91]

Å andra sidan fanns även de som fortfor att framhålla att en sakrätt är en rätt som kan göras gällande mot alla andra, i motsats till en rätt till en persons handling, som kan göras gällande bara mot honom (så t ex Winroth, Förmögenhetsrätt, kompendium 1900).[92]

I Fehrs arbete om fordringspreskription (1913), som innehåller en ganska ingående redogörelse för sakrättsbegreppet, uppmärksammas icke motsättningen mellan det absoluta och det relativa sakrättsbegreppet. Fehr ansåg sig däremot kunna urskilja ett romerskt och ett germanskt sakrättsbegrepp. Utmärkande för det romerska sakrättsbegreppet skulle vara att rättigheten var skyddad mot tredje man, för det germanska att rättighetens objekt var en sak. I den historiska skolans (pandekträttens) uppfattning av sakrätten som ett rättsförhållande mellan den berättigade personen och saken såg Fehr ett uttryck för en latent germansk rättsåskådning, enligt vilken en rätt först och främst bestämmes genom sitt objekt.[93]

87 Första kammarens protokoll den 15 maj, FK III s 29.
88 s 33 not 1. Jfr nedan vid not 96.
89 Under 12 § lagfartsförordningen, s 88 ff.
90 s 7 f.
91 s 3. Jfr densamme, Lärobok s 208 ff, där väl i huvudsak det absoluta sakrättsbegreppet framställdes.
92 s 17.
93 Fehr s 87, 126 och 129 f.

Den svenska litteraturen uppvisade enligt Fehr vid sidan av det romerska (och det pandekträttsliga) sakrättsbegreppet ett inhemskt, germanskt sakrättsbegrepp »med anspråk på uteslutande giltighet».[94] Detta sakrättsbegrepp skulle första gången ha uppträtt i äldre lagberedningens förslag till jordabalk 1847, nämligen i uttalandet att »nyttjanderätten är en i wiss egendom redan gifwen sakrätt, som fått sin tillwarelse genom sjelfwa upplåtelsen; och intekningen är blott ett offentliggörande deraf».[95] Därefter skulle det, frånsett enstaka mera oklara föregångare, för första gången i den svenska vetenskapen ha framställts av Nordling i andra upplagan av hans arbete om servitut (1868), där Nordling dock framför allt tog avstånd från tidigare uttalanden, vari han givit sakrättsbegreppet en absolut betydelse. Fehr åberopade följande uttalande av Nordling:

»Vi kunna icke numera gilla den ofvan uttalade åsigt, att arrenderätt utan inteckning skulle innebära blott en fordran hos den, som upplåtit egendomen på arrende, utan räkna arrenderätten genast vid hans uppkomst för en sakrätt, ehuru han utan inteckning icke eger den absoluta giltighet, att han blifver gällande emot hvarje ny innehafvare af egendomen . . . I öfverensstämmelse med hvad vi anmärkt, gilla vi icke heller vidare de ställen längre ned, vid hvilka åt begreppet sakrätt gifves nämnda absoluta betydelse.»[96]

Här skulle det, menade Fehr, framgå att Nordling »såsom kriterium på sakrätt icke uppställer kraf på någon som helst giltighet mot tredje man» och att Nordling syntes »hafva öfvergifvit den romerska indelningsgrunden, rättsskyddet, för den germanska, objektet».[97] Fehr påpekade dock att Nordling i annat sammanhang velat ge nyttjanderätt tredjemansskydd redan genom avtalet och att således giltighet mot tredje man »äfven skulle karaktärisera Nordlings sakrättsbegrepp».[98] Såsom ett särskilt klart uttryck för det germanska sakrättsbegreppet såg Fehr Tryggers något oklara och endast i förbigående gjorda uttalande, att sakrätt enligt svensk rätt bör givas den karaktäristik att det är en rätt vars objekt är en sak.[99] I annat sammanhang redovisade Fehr också vad han ansåg vara en syntes mellan det romerska sakrättsbegreppet och det germanska, nämligen ett par uttalanden av lagberedningen i förslaget till jordabalk 1907, i vilket man enligt Fehr antagit »att en rätt bör vara skyddad mot tredje man (sakrätt i romersk mening) därför, att den är knuten vid en individuellt bestämd sak

94 Fehr s 126.
95 Fehr s 130 med not 16, lagberedningens motiv 1847 s 90.
96 Fehr s 130 f, Nordling s 33 not 1.
97 Fehr s 131.
98 Fehr ibid.
99 Fehr s 132, Trygger s 246 f.

(sakrätt i germansk mening), medan i själfva verket grunden för sakrätt i romersk mening är att söka icke i dylik anknytning till viss sak, utan i reala intressen.»[100]

Själv var Fehr mycket kritisk mot det germanska sakrättsbegreppet. Han menade att detta begrepp inte hade någon »specifik teknisk betydelse, som vore förtjänt af en särskild teknisk term», och förklarade resolut att det borde försvinna.[101] Själv anslöt sig Fehr till vad han kallade ett sakrättsbegrepp av mera klassiskt romerskrättslig typ: sakrätten är en rätt som gäller mot personer vilka icke medverkat vid dess uppkomst.[102]

Säkerligen gick Fehr för långt i sin teori om ett romerskt och ett germanskt sakrättsbegrepp på de angivna grunderna. Utmärkande för sakrättsbegreppet i alla dess varianter har varit att rättigheten avsett en individuellt bestämd sak. Vad som finns anledning att skilja mellan är emellertid 1700-talets uppfattning av sakrätten som en mot tredje man skyddad rätt och 1800-talets framhävande av den berättigades omedelbara förhållande till saken, varav giltigheten mot var och en tredje man endast sågs som en konsekvens. Om man skall skilja mellan ett germanskt och ett romerskt sakrättsbegrepp måste det vara på grund av dessa olika uppfattningar, och det omedelbara förhållandet till saken måste då bli utmärkande för det romerska begreppet, icke som hos Fehr uttryck för en germansk rättsåskådning. De av Fehr anförda citaten ger knappast heller något uttryck för annat än en *relativ* sakrättsuppfattning av ungefär samma slag som den lagkommitténs anslöt sig till i motiven till 1815 och 1826 års förslag till handelsbalk, alltså ett sakrättsbegrepp som innebar att sakrätten kunde gälla mot medkontrahenten och vissa tredje män utan att gälla mot alla.

Fehrs uppfattning synes ha haft en viss inverkan på Undéns sakrättsbegrepp, med vilket generationer av svenska jurister kommit i kontakt, alltsedan första upplagan av hans arbete Svensk sakrätt I (1927). Undén återgav Fehrs kriterier på det germanska och det romerska sakrättsbegreppet och fäste för sin del i första hand avseende vid tredjemansskyddet.[103] Undén räknade med en gräns mellan rättigheter i avseende å individuellt bestämd sak, som är sakrättsligt skyddade (sakrätter), och rättigheter utan sådant skydd (fordringsrätter,

100 Fehr s 137, Två spörsmål s 72, som åsyftar lagberedningen II 1908 s 217, där undantagshavare, vars rätt ej förbehållits vid exekutiv auktion, gavs rätt att ur köpeskillingen njuta ersättning motsvarande uppskattade värdet av hans förmåner. Fehr fäste sig vid att lagberedningen i sammanhanget uttalat att det är undantagets »nära anknytning till en viss fastighet, såväl genom sättet för rättighetens uppkomst som genom dess innehåll» som »gifver fog åt den häfdvunna uppfattningen af undantagsrätten såsom en sakrätt». Även s 470, där lagberedningen behandlade regeln att icke inskriven nyttjanderätt skulle förbehållas vid exekutiv auktion på fastighet om det kunde ske utan förfång för dem som hade bättre rätt i fastigheten. I motiven uttalades nämligen också att nyttjanderätter »såsom varande sakrätter hafva företräde framför de oprioriterade borgenärernas anspråk», d v s i konkurs.

101 Fehr s 135 och 137.

102 Fehr s 138. Se ock Två spörsmål s 45.

103 Undén I s 7 ff.

obligatoriska rättigheter, obligationsrättigheter).[104] Att någon har en fordringsrätt innebär enligt Undén att han visserligen kan göra sin rätt gällande mot en viss person men icke i samma omfattning mot tredje man.[105] Dessutom räknade Undén med en mellanliggande kategori, s k ofullgångna sakrätter, d v s sakrätter som ännu icke innefattar sakrättsligt skydd, t ex en köpares rätt till icke traderad sak.[106]

Undén var således i hög grad påverkad av tysk doktrin ifråga om begreppens utformning, även om sakrättsinnehavares omedelbara förhållande till saken icke betonades särskilt. Denna påverkan visar sig också i det systematiska framställningssättet, där Undén utgick från den tyska 1800-talsdoktrinens uppdelning av förmögenhetsrätten i en sakrättslig och en obligationsrättslig del. För sin del behandlade Undén bara sakrätterna: äganderätt, panträtt och retentionsrätt såvitt gällde lös egendom och de inskrivningsbara rättigheterna äganderätt, panträtt, servitut, nyttjanderätt samt avkomsträtt och andra reallaster i fastighetsrätten. Om Undén alltså såtillvida kan sägas ha varit beroende av den i tysk doktrin utvecklade absoluta sakrättsuppfattningen var han dock en av de första att godtaga det i dansk doktrin utvecklade relativa, funktionella äganderättsbegreppet.[107] Detta äganderättsbegrepp har därefter blivit allmänt accepterat i svensk doktrin.

Den första stora sakrättsliga framställningen efter Undéns Svensk sakrätt är Hesslers år 1973 utgivna Allmän sakrätt. Hessler indelar icke rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter men skiljer mellan s k *starka* och *svaga rättigheter,*[108] en indelning som i hög grad är präglad av en föreställning om tredjemansskyddets relativitet. Hesslers indelning är också, i motsats till Undéns och den historiska skolans, en indelning med sikte på rättsföljderna, d v s skyddet mot tredje man enligt den gällande rätten. Såtillvida innebär den något av en renässans för den under 1700-talet härskande uppfattningen att en sakrätt var en rättighet som gällde mot tredje man. Den erinrar också om Demogues distinktion mellan droits à contenu fort och droits à contenu faible.[109]

Till de starka rättigheterna räknar Hessler rättigheter som har möjlighet till *fullständigt* eller *partiellt sakrättsligt skydd.* Till de svaga hänför han rättigheter

[104] Undén I s 10.
[105] Undén I s 8.
[106] Undén I s 10.
[107] Undén I, första uppl 1927, §§ 10 och 17. Det »funktionella» äganderättsbegreppet förutsätter, i motsats till det »substantiella» att äganderätten icke är något annat än summan av de befogenheter en ägare har enligt gällande rätt. Se Ross, Ejendomsret kap I. Ett av de sista uttrycken för den substantiella äganderättsuppfattningen i svensk doktrin torde ha varit Hillgårds arbete Bidrag till läran om säljarens stoppningsrätt, 1923.
[108] Hessler s 277. I praktiken kommer hans indelning av rättigheterna i starka och svaga att ungefär motsvara indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter, eftersom just de obligatoriska rättigheterna frånkänts skydd mot tredje man. Jfr Hessler s 80.
[109] Se ovan vid not 41.

utan möjlighet till sakrättsligt skydd annat än i förhållande till likartade rättigheter.[110] Med fullständigt sakrättsligt skydd menar Hessler skydd såväl mot singularsuccessorer som mot borgenärer. Som exempel på rättigheter med fullständigt sakrättsligt skydd nämner Hessler äganderätten.[111] Med partiellt sakrättsligt skydd menar hån skydd i något eller några hänseenden men icke i alla. En rättighet med endast partiellt sakrättsligt skydd var enligt Hessler den gamla förlagsinteckningen (som numera ersatts av företagsinteckningen) i det att den endast gav skydd i gäldenärens konkurs men inte vid utmätning eller överlåtelse.[112] Som exempel på en svag rättighet, som alltså inte kan förvärva sakrättsligt skydd annat än i förhållande till likartade rättigheter, nämner Hessler nyttjanderätt till lös sak.[113]

Vidare skiljer Hessler mellan *relativt* och *absolut sakrättsligt skydd.* En köpare av lös egendom har exempelvis före traditionen endast relativt skydd, nämligen mot senare köpare i ond tro. Genom traditionen får han absolut skydd, d v s han blir skyddad även mot godtroende senare förvärvare och mot säljarens borgenärer.[114]

Bortsett från vad nu sagts synes Hessler såväl terminologiskt som systematiskt ansluta sig till utvecklingen i dansk och norsk doktrin. Liksom danska och norska författare skiljer Hessler mellan statiskt och dynamiskt skydd beroende på om rättigheten befinner sig i viloläge eller i en överlåtelsesituation. För sin del behandlar Hessler bara det dynamiska skyddet.[115] Liksom hos Ross är hos Hessler termen fordringsrätt reserverad för anspråk på generiskt bestämd egendom.[116] Hessler tar också avstånd från den av Undén begagnade systematiken, där vissa rättigheter – sakrätterna – behandlas i »sakrätten» och andra rättighetstyper – de obligatoriska rättigheterna – i »obligationsrätten». Istället ansluter sig Hessler – liksom tidigare Rodhe[117] – till uppfattningen att man vid behandlingen av de olika rättighetstyperna bl a bör anlägga den sakrättsliga aspekten, d v s diskutera tredjemansskyddsfrågor. Vid sidan härav har Hessler genom sin bok Allmän sakrätt velat ge »en allmän belysning av det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets problem och principer».[118]

110 Hessler s 79 ff.
111 Hessler s 80.
112 Hessler s 276.
113 Hessler s 81.
114 Hessler s 205 f och 276.
115 Hessler s 7, 13 och 15. Jfr ovan vid not 55 f.
116 Hessler s 23. Jfr lagkommitténs definition i motiven till 1826 års förslag till handelsbalk, ovan vid not 69.
117 Rodhe § 1 vid not 2.
118 Hessler s 5. Jfr densamme, Några punkter s 276.

KAPITEL 4. TEORIEN OM SAKRÄTTERNAS »NUMERUS CLAUSUS»

1. Inledning

Nära förbunden med indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter är uppfattningen att endast vissa rättighetstyper, t ex äganderätt och panträtt, erkännes som sakrätter, medan övriga rättighetstyper tillerkännes verkan endast på det obligationsrättsliga planet. Särskilt i tysk och fransk doktrin är denna uppfattning utbredd – man talar om sakrätternas »numerus clausus» – men den har avsatt tydliga spår även i svensk doktrin. I detta kapitel skall denna teoris utveckling, innebörd och funktion närmare beskrivas.

2. Den historiska utvecklingen

I den klassiska romerska rätten fanns en strävan att hålla äganderätten fri från inskränkande rättighetsupplåtelser. Man sökte i möjligaste mån bevara befogenheterna med avseende på egendomen – inte minst den fasta egendomen – hos en person, ägaren. Framför allt var man rädd för permanenta inskränkningar i ägarens befogenheter. Risken för sådana inskränkningar motverkades genom det romerska äganderättsbegreppets dominans över obligatoriska rättigheter. Denna äganderättsbegreppets konstruktion medförde t ex att locatio-conductio (arrende och hyra) förvägrades tredjemansskydd. Samtidigt intog den romerska rätten en restriktiv inställning till skapandet av nya sakrätter. I senklassisk tid utrustades dock, såsom förut nämnts, vissa servituts- och nyttjanderättsformer samt panträtt med actio in rem. Restriktiviteten kom då till uttryck t ex i de stränga förutsättningarna för skapandet av ett servitut. Bl a krävdes här »utilitas» (nytta) och »perpetua causa» (ungefär: varaktigt ändamål).[1]

Helt annorlunda var läget i den senmedeltida germanska rätten. Där var olika befogenheter med avseende på egendomen uppdelade på olika personer. I det feodala samhället var t o m äganderätten uppdelad i en »dominium directum» och en »dominium utile». Dominium directum innebar närmast en rätt till skatt eller arrende. Dominium utile var den faktiska besittnings- och nyttjanderätten. Dessutom förekom lösningsrätter och ränterätter i stor variation, bl a till förmån för grannar och släktingar (jfr den svenska bördsrätten).[2]

I gemeines Recht övertogs till en början det romerska systemet och man räknade på 1600-talet med fem sakrätter: dominium, possessio, servitus, pignus

[1] Hillert s 14 ff. Jfr Kaser I § 105 III.
[2] Hillert s 23 ff, Hedemann 2:1 § 1.

och ius hereditatum.[3] I och med det naturrättsliga sak- och äganderättsbegreppets genombrott och utbildandet av läran om titulus och modus acquirendi sammansmältes dock i Tyskland den germanska och den romerska rätten i detta avseende så, att varje med besittning förenad rätt ansågs vara en sakrätt. Här prisgavs alltså den romerska uppfattningen om sakrätternas numerus clausus. Sådan framträdde läran om titulus och modus i den preussiska ALR 1794.[4]

I den historiska skolan upplevde den romerska rätten och därmed också föreställningen om ett begränsat antal sakrätter sin renässans. Den juridiska teorien fann stöd i liberalismen, som i de feodala bindningarna av den fasta egendomen såg ett hinder mot den ekonomiska utvecklingen. I det nya, mera dynamiska samhälle, vars utveckling påbörjats redan under 1600-talet, kunde den fasta egendomen, belastad som den var med lösningsrätter och ränterätter, icke tillräckligt snabbt frigöras för nya behov. Det feodala systemet var ett hinder mot en fri fastighetsmarknad. Strävanden att komma ifrån sådana varaktiga bindningar formulerades som krav på »frihet i äganderätten» och »frihet i omsättningen». Dessa krav ledde till att man under förra hälften av 1800-talet avskaffade de feodala rättigheterna och indelningen i dominium directum och dominium utile. Det måste ha legat nära till hands för juristerna i den romanistiska historiska skolan att se denna utveckling som uttryck för en återgång till den romerska rätten.[5]

Den historiska skolans teori om sakrätternas numerus clausus har fått betydelse icke blott i Tyskland, där den genom uttalanden i motiven till BGB[6] fått en officiell prägel, utan som sagt också i bl a Frankrike och Sverige.

3. Tysk rätt

I modern tysk rätt anser man det möjligt och meningsfullt att uttömmande räkna upp sakrätterna. Ifråga om systematiseringen råder dock olika meningar hos olika författare. Jag väljer att här återge den systematik som framföres av Westermann, vilken synes ge en god översikt.[7]

I Westermanns lärobok, Lehrbuch des Sachenrechts, indelas sakrätterna i äganderätt och begränsade sakrätter. De begränsade sakrätterna indelas sedan i »Nutzungsrechte» (nyttjanderätter), »Erwerbsrechte» (ungefär: optionsrätter) och »Verwertungsrechte» (säkerhetsrätter). Till nyttjanderätterna räknas »Erbbaurecht» (ungefär: tomträtt), »Dienstbarkeiten» (servitut), »Niessbrauch» (sakrättslig nyttjanderätt) och – med vissa reservationer – »Reallasten» (avkomsträtter). Till

[3] Kreller s 187, Wesenberg s 111.
[4] Heck s 86. Jfr ovan kap 3 vid not 21 f.
[5] Hedemann 2:1 § 1 IV. Jfr Wesenberg s 156 ff. Jfr vidare Heck §§ 22 och 111 samt Wieacker, Bodenrecht s 11 f.
[6] Se nedan not 12.
[7] Westermann § 5. Den följande framställningen av sakrätterna är icke fullständig. Exempelvis medtages icke »bergrechtliches Nutzungsrecht», som icke intresserar här.

Erwerbsrechte räknas bl a sakrättslig förköpsrätt till fast egendom. Till säkerhetsrätterna räknas främst panträtt.

Ifråga om lös egendom förekommer begränsade sakrätter endast i form av handpanträtt och Niessbrauch. Båda är av liten praktisk betydelse. Handpanträtten är undanträngd av säkerhetsöverlåtelsen, som från parternas synpunkt har den fördelen att den i motsats till panträtten får sakrättslig verkan genom s k *constitutum possessorium,* dvs låtsad tradition. Säkerhetsöverlåtelsen gäller mot tredje man även om säljaren fortsätter att besitta egendomen i egenskap av nyttjanderättshavare e d. Niessbrauch förekommer endast beträffande värdepapper och hela förmögenheter.[8]

Vid sidan av de egentliga sakrätterna räknar Westermann med vissa mellanformer, alltså rättigheter som varken är sakrätter i egentlig mening eller rent obligatoriska rättigheter. Hit räknas »Besitz», alltså besittning som sådan, utan avseende på den rätt besittningen ger uttryck för, samt »Vormerkung» och s k »Anwartschaftsrechte».

Hur besittningen skall betraktas är en gammal stridsfråga i tysk rätt.[9] Vissa författare har i besittningen sett en »anonym» sakrätt. Denna uppfattning har grundats på iakttagelsen att en besittare faktiskt genom regler om besittningsskydd åtnjuter en ställning som i mycket liknar en »sakrättsinnehavares». Bl a kommer härvid i betraktande § 986 2 st. BGB, som ger en besittare, t ex en nyttjanderättshavare, av lös egendom rätt att hävda sin besittning icke blott mot sin medkontrahent utan även mot ny ägare.

Institutet Vormerkung[10] har tillkommit för att minska de risker som uppstår för t ex en köpare av fast egendom på grund av att han före inskrivningen icke har någon sakrätt. Den som köper ett markområde, avsett att avstyckas, har behov av att redan efter köpeavtalet men före avstyckningen kunna få sin rätt skyddad mot tredje man. Detta kan ske genom inskrivning av en Vormerkung. Här motsvarar institutet närmast vår vilande lagfart. Vormerkung har emellertid också kommit att bli en säkerhetsventil i systemet med en begränsning av antalet inskrivningsbara rättigheter. Som exempel kan nämnas att ett avtal om återköpsrätt till fast egendom, som icke kan grunda en sakrätt, ändock kan säkras mot tredje man genom en Vormerkung. Institutet Vormerkung kan härigenom sägas sudda ut en del av den praktiska skillnaden mellan sakrätter och obligatoriska rättigheter i fastighetsrätten, liksom nyssnämnda besittningsskydd gör detta i lösegendomsrätten.

Anwartschaftsrechte skulle kanske kunna jämföras med vad Undén kallade »ofullgångna sakrätter», ehuru jämförelsen haltar något. Anwartschaftsrechte uttrycker ett rättsläge där ännu icke full sakrätt stiftats, men samtidigt förvärvaren av rättigheten har en på visst sätt skyddad ställning. Typexempel anses vara en köpares rätt vid köp på avbetalning med ägarförbehåll. Köparen har

8 Baur § 49 II.

9 Westermann § 5 III 1. Jfr Baur § 6 II 1 och Heck § 17 IV. Heck ville inordna besittningen i begreppet »dingliche Rechte im weiteren Sinn».

10 Westermann § 84 I 1.

där fått egendomen i sin besittning, men »ägare» är han icke förrän han betalat köpeskillingen. Dessförinnan har han emellertid en Anwartschaftsrecht.[11]

Bland de obligatoriska rättigheterna märkes hyra och arrende av fast egendom samt hyra av lös egendom. Sakrättslig kvalitet förvägras också sådana rättigheter som återköpsrätt, förköpsrätt till lös egendom och belastningar av typen överlåtelseförbud. Observeras bör också att anspråk på äganderätt, panträtt m m betraktas som obligatoriska innan förvärvaren fått egendomen i sin besittning respektive fått sin rätt inskriven i fastighetsboken.

Hur motiveras då principen om sakrätternas numerus clausus?

Ser man först på motiven till BGB[12] blir man besviken. Där kommer grunderna för en begränsning av antalet sakrättstyper inte klart fram. Närmast förefaller begränsningen ha uppfattats som en logisk konsekvens av den systematiska åtskillnaden mellan »Sachenrecht» och »Schuldrecht» och av »motsatsen» mellan dessa rättsområden. Man tycks ha resonerat så att eftersom avtalsfrihet råder på det obligationsrättsliga planet så måste avtalsfrihet saknas på det sakrättsliga.

I modern doktrin[13] betonas olika synpunkter som bestämmande för begränsningen av antalet sakrätter. Enligt Heck[14] (1930) låg huvudsakligen två synpunkter till grund för begränsningen i »lagstiftarens undermedvetna». Den ena var en önskan att begränsa rättsskyddet till sådana rättigheter som enligt erfarenheten behövdes och därigenom hålla andra rättighetstyper borta från rättslivet. Heck talade här om »Beeinträchtigung des Rechtslebens» och menade att risken för sådant var större ifråga om sakrätter än ifråga om obligatoriska rättigheter därför att de förra är absoluta och på grund av sin »Dauerhaftigkeit» är benägna att överleva »die Interessengrundlage». Heck sammanfattade denna tankegång under slagordet »Freiheitsschutz». Den andra synpunkten var enligt Heck en önskan att förenkla systemet av rättigheter, i synnerhet att hålla fastighetsboken fri från inskrivningar som icke var nödvändiga. Denna tankegång sammanfattade Heck under slagordet »Vereinfachungsprinzip».

Senare har Wieacker[15] (1938) betonat att begränsningen av antalet sakrätter i första hand tillgodoser behovet av ordning i de sakrättsliga förhållandena och därigenom innebär en reaktion mot den rikedom på rättighetstyper som uppstått i det feodala samhället. Denna rikedom var, menar Wieacker, skadlig för omsättningen eftersom förekommande belastningar svårligen kunde överblickas av en presumtiv förvärvare. Vidare var rikedomen på rättighetstyper enligt Wieacker skadlig från jordbrukspolitisk och nationalekonomisk synpunkt. Sistnämnda synpunkter skulle enligt Wieacker göra sig gällande fortfarande, medan däremot behovet av överskådlighet för förvärvare trätt i bakgrunden.

11 Westermann § 5 III 3.
12 Motiven III s 3.
13 Jfr ang äldre doktrin Gierke, Der Entwurf s 280 med hänvisningar i not 2.
14 Heck § 23, 2.
15 Wieacker, Bodenrecht s 111 f.

Westermann[16] betonar en strävan efter rättssäkerhet och klarhet i den för var och en bindande, absoluta egendomsfördelningen. I viss utsträckning skulle begränsningen av antalet sakrätter enligt Westermann också grundas på en önskan att hindra ägaren att belasta sin egendom alltför mycket med långtgående sakrätter.

Baur[17] är något mindre tydlig i sin framställning men tycks i huvudsak mena att sakrätternas numerus clausus tillgodoser behovet av säkerhet i rättslivet. Baur uttalar också att begränsningen skall bevara äganderätten från »unübersehbaren und vielleicht untragbaren Belastungen und Beschränkungen». Sistnämnda synpunkt skulle dock enligt Baur inte göra sig gällande beträffande lös egendom.

Eichler[18] har framhållit att begränsningen av antalet sakrätter huvudsakligen har betydelse inom fastighetsrätten.

Den härskande meningen synes vara att typbegränsningen är motiverad, särskilt inom fastighetsrätten. Kritiska röster har dock icke saknats. Så framhöll t ex Heck[19] att ett legislativt förmynderskap omöjligen kan tillfredsställa de behov som uppkommer under snabbt växlande förhållanden samt att de fördelar som begränsningen till vissa sakrättstyper skall skapa försvunnit genom mångfalden av tillåtna rättigheter i fastighetsrätten. Heck menade att det utbredda godtrosskyddet i stor omfattning skyddar rättslivet mot ovanliga sakrätter och att den allmänna begränsningen är ineffektiv, därför att den kan kringgås på olika sätt, t ex genom en extensiv tillämpning av institutet Vormerkung, genom att rättsförhållanden arrangeras som samäganderätt istället för upplåtelse av begränsad rätt eller genom institutet oåterkallelig fullmakt eller villkorad överlåtelse.[20] Heck liknade begränsningen av antalet sakrätter vid ett pansar, som har för många hål för att skydda men ändå trycker och skaver.[21]

Långtgående kritik mot begränsningen av antalet sakrätter har levererats också av Dulckeit, som vänt sig mot uppfattningen att besittningen som sådan utgör en (ofullständig, anonym) sakrätt. Det besittningsskydd som BGB tillhandahåller obligatoriska rättigheter bör enligt Dulckeit uppfattas som ett skydd för själva rättigheten.[22] Med denna uppfattning blir varje med besittning förenad obligatorisk rätt till lös egendom en sakrätt och någon begränsning av antalet sakrätter skulle de facto inte förekomma i lösegendomsrätten. Dulckeit menar att det finns ett funktionellt samband mellan obligatoriska rättigheter och sakrätter i det faktum att varje obligatorisk rätt i och med prestationen (besittningstagandet) förvandlas till en sakrätt. Från denna utgångspunkt

16 Westermann § 3 III.
17 Baur § 1 II 2 och 3 samt § 49 II 1.
18 Eichler s 54 f med not 25.
19 Heck § 23, 10. Behov av en extra sakrätt ansåg Heck föreligga för att skilja rösträtten från äganderätten till aktier, se § 23, 4. Jfr Raible s 106 ff samt nedan i kapitel 8 vid not 83 ff.
20 Heck § 23, 9.
21 Heck § 23, 10.
22 Dulckeit s 11.

skisserar han ett reformerande av den tyska rätten med i huvudsak följande konsekvenser:[23] Det hittills otillräckliga och blott på omvägar tillskapade skydd för obligatoriska rättigheter som BGB erbjuder skulle då med ett slag icke blott förstärkas utan också förenklas och förenhetligas. Härigenom skulle självfallet hela den gällande förmögenhetsrätten ställas på annan grund. Begränsningen av sakrätternas antal skulle avskaffas, om icke i fastighetsrätten så dock i lösegendomsrätten. Varje rättighet till lös egendom som förenats med besittning skulle vara skyddad mot tredje man. I fastighetsrätten skulle till skydd för omsättning och säkerhet i rättslivet i princip krävas inskrivning för sakrättsligt skydd och något behov av utvidgning av rättighetsfloran har där icke gjort sig gällande. Vid sidan härav skulle dock besittningstagande skydda även här, framför allt hyra och arrende men också andra rättigheter. I fastighetsrätten skulle det alltså bli två steg i förvandlingen av en obligatorisk rätt till en sakrätt, dels ett allmänt men ofullständigt skydd genom besittningstagande, dels ett särskilt men fullständigt skydd genom inskrivning.

4. Fransk rätt

Enligt härskande uppfattning i fransk doktrin är de tillåtna sakrätterna uttömmande uppräknade i lagen och saknas alltså möjlighet att genom avtal skapa nya eller förändra innehållet i de redan bestående.[24] Sålunda erkännes som sakrätter, förutom äganderätt och en variant av äganderätt, »superfice» (äganderätt till det som är ovan jord, av latinska superficies),[25] ett antal s k »droits réels principaux» eller »démembrements du droit de propriété» och några s k »droits réels accessoires».[26]

De olika démembrements du propriété indelas i »servitudes personnelles» och »servitudes réelles». Till servitudes personnelles räknas bl a »usufruit» (en personlig nyttjande- och avkastningsrätt som gör ägaren till »nue-propriétaire»). Vidare »bail à construction» och »emphytéose». Den förra motsvarar närmast vår tomträtt. Den senare innebär en nyttjanderätt för lång tid (18–99 år) med långtgående befogenheter för nyttjanderättshavaren (motsvarande »dominium utile»). Servitudes réelles motsvarar våra servitut. De är icke knutna till någon viss person utan till fastigheten.

Till droits réels accessoires räknas säkerhetsrätter, alltså panträtt (»hypothèque» i fastighetsrätten, »gage» i lösegendomsrätten) och retentionsrätt (»droit de rétention»).

Uppfattningen att sakrätternas antal är begränsat synes i huvudsak grundad på

[23] Dulckeit s 63 ff.
[24] Frågan behandlas bl a hos Mazeaud I:1 nr 164, Derruppé nr 256, Ginossar nr 58, David II s 118, Marty II:2 nr 8 och Colin-Capitant I nr 1701.
[25] Mazeaud II:2 nr 1361.
[26] Se ang systematiken och rättigheternas karaktär t ex Mazeaud II:2 nrs 1646 ff.

en strävan att hålla äganderätten fri från belastningar som skulle kunna vara hindrande för omsättningen.[27] Enighet råder därom att rättigheter av feodal typ inte skall kunna nybildas med sakrättslig verkan. Däremot har föreställningen om sakrätternas begränsade antal stött på kritik, i det att den inneburit en begränsning till de i lagen uppräknade rättighetstyperna. Vissa författare har hävdat att man skulle kunna bilda nya sakrätter, så länge man håller sig inom de ramar som lagstiftningen uppdrager och icke handlar mot »ordre public». Enligt denna uppfattning skulle det sålunda vara tillåtet att genom avtal skapa nya, i lagen icke förutsedda démembrements du propriété. En fråga som här särskilt intresserat har varit, om man i fransk rätt kan bilda en »trust» av engelsk modell.

Den härskande uppfattningen har delvis också desavouerats i praxis, där man bl a godtagit sakrättslig verkan av ett avtal varigenom en säljare av en rörelse gjort förbehåll om att han själv fortfarande skulle utöva vissa med rörelsen förenade befogenheter.

5. Dansk och norsk rätt

Både i dansk och norsk doktrin tar man numera avstånd från en rigorös indelning av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter. Någon egentlig teori om sakrätternas numerus clausus förekommer därför inte heller.[28]

I dansk rätt synes man erkänna en långtgående frihet att bilda och inskriva rättigheter till fast egendom. Sålunda uttalar Illum att inskrivning kan ske av ett avtal, varigenom ägaren överlämnar förvaltningen av egendomen till någon annan eller åtager sig att icke företaga en avstyckning e d. Illum gör emellertid den reservationen att förpliktelserna begränsas genom regler om återkallelse av fullmakt o d. Måhända antydes härigenom en begränsning i tiden.[29]

Såvitt gäller lös egendom uttalar Illum att negativa servitut i vart fall saknar verkan mot ägarens borgenärer och senare godtroende förvärvare. Huvudregeln säges vara att andra rättigheter än de som har »Hjemmel» i lagstiftningen icke kan uppnå sakrättsligt skydd.[30]

I norsk rätt synes friheten att skapa servitut vara stor både beträffande fast och lös egendom. Braekhus-Haerem antager dock att negativa servitut i lösöre icke gäller mot ägarens borgenärer och senare godtroende förvärvare.[31]

6. Svensk rätt

I Undéns framställning av den svenska sakrätten behandlas endast vissa rättighetstyper, som kallas sakrätter, medan andra rättighetstyper, t ex nyttjan-

27 Se särskilt Colin-Capitant a st och Ginossar s 147.
28 Jfr ovan kapitel 3 vid not 60.
29 Illum s 451.
30 Illum s 454 f.
31 Braekhus-Haerem s 211, 272, 404 och 425.

derätt till lösöre, kallas obligatoriska rättigheter (obligationsrätter, fordringsrätter) och hålles utanför framställningen.[32] Detta är ett uttryck för teorien om sakrätternas numerus clausus. Som sakrätter räknade Undén, såvitt gäller lös egendom, äganderätt, panträtt och retentionsrätt. Såvitt gäller fast egendom räknade han med sakrätterna äganderätt, panträtt, nyttjanderätt, servitut, avkomsträtt och andra reallaster, dvs de inskrivningsbara rättigheterna. Som »quasi-sakrätt» betecknades rätt på grund för företagsinteckning.[33] Som »ofullgången sakrätt» behandlades bl a köpares rätt till ej traderad lös sak.[34]

När det gällde att motivera varför sakrätternas antal är begränsat var Undén mycket kortfattad. Man fick endast veta att »hänsyn av olika slag . . . medfört att endast vissa rättighetstyper äro medgivna.»[35] Vilka dessa hänsyn var redovisades ej.

Ett försvar för teorien om sakrätternas numerus clausus presenterades av Nial i uppsatsen »Nya sakrätter?» i SvJT 1940. Nial argumenterade där särskilt mot tanken på sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till lösöre och menade å ena sidan att det inte fanns behov av något sådant skydd, å andra sidan att sådant skydd bl a skulle medföra risker för skentransaktioner i syfte att bedraga exekutionsborgenärer och osäkerhet i omsättningen.[35a]

Såsom en företeelse i gällande rätt har teorien om sakrätternas numerus clausus avsatt spår även i Hesslers systematik. Hessler talar dock icke om sakrätter utan om rättigheter med fullständigt sakrättsligt skydd:

»Det förhåller sig nu hos oss, liksom i andra rättssystem, på det sättet att vissa typer av rättigheter . . . enligt den gällande rätten kan förvärva vad man kan kalla för *fullständigt sakrättsligt skydd* . . . Men det är alltså endast vissa typer som kan detta. Med fullständigt sakrättsligt skydd avses då skydd i alla de riktningar som kan bli aktuella, sålunda mot . . . singularsuccessorer, och mot . . . borgenärer i konkurs eller vid utmätning.»[36]

Hesslers uppfattning om vilka rättigheter som skall räknas till sakrätterna (tillerkännas fullständigt sakrättsligt skydd) synes i huvudsak överensstämma med Undéns. I fastighetsrätten räknas de inskrivningsbara rättigheterna till sakrätterna (äganderätt, nyttjanderätt, servitut etc) medan de icke inskrivningsbara rättigheterna förklaras sakna skydd mot fastighetsägarens borgenärer och ny ägare, även om denne känt till rättigheten ifråga.[37] Såvitt gäller lös egendom räknar Hessler med fullständigt sakrättsligt skydd för äganderätt, panträtt och retentionsrätt. Dessutom ifrågasätter Hessler om icke nyttjanderätt till lös sak

32 Undén I s 6.
33 Ibid och densamme II:1 s 1 f.
34 Undén I s 10.
35 Undén I s 9.
35a SvJT 1940 s 673 ff. Jfr nedan kapitel 7 vid not 235 ff.
36 Hessler s 79 f.
37 Hessler s 315 vid not 54 och s 336 vid not 81.

borde utrustas med sådant skydd.[38] Vidare räknar Hessler med att sakrättsligt skydd (fullständigt eller partiellt) oberoende av egendomens karaktär förekommer ifråga om återkrav vid ogiltighet m m[39] och vid vissa s k *betingelser,* varmed avses något slags befogenhet över annans egendom, t ex försäljningsförbud, återköpsrätt o d.[40]

Frågan varför icke alla rättigheter kan vara utrustade med sakrättsligt skydd besvarar Hessler på följande sätt:

»Svaret är väl att ett sådant arrangemang i alltför hög grad skulle vara hindrande för omsättningen av saker och andra förmögenhetsföremål. Som vi senare skall se krävs vidare också – vid de rättighetstyper där sakrättsligt skydd kan etableras – ofta inte endast själva avtalet utan därutöver ett sakrättsligt moment, t.ex. besittningstagande eller inskrivning, för att skyddet skall inträda. Man anser sig av olika skäl vilja kräva en viss publicitet eller synbarhet eller uppoffring från upplåtarens sida. Det skulle kanske i många fall vara svårt rent tekniskt att skapa ändamålsenliga sådana sakrättsliga moment vid mera individuella belastningar av skilda slag.»[41]

Hur har då gränsen dragits mellan rättigheter som kan uppnå fullständigt sakrättsligt skydd och andra rättigheter? Här framhåller Hessler behovet av skydd i det praktiska livet:

»Förenade med sakrättsligt skydd blir rättighetstyper, som praktiskt sett är viktiga i rättslivet och där det också är av betydelse för deras praktiska användbarhet, att de är utrustade med sådant skydd . . . Att nyttjanderätt till fast egendom kan bli förenad med sakrättsligt skydd beror uppenbarligen på att denna upplåtelseform kommit att bli en praktiskt viktig form för förfogande över fastighet. Man behöver endast tänka på arrende och hyra, som ju är några av de mest centrala rättsinstituten. Och vidare beror förekomsten av skydd på att, om formen skall vara ett användbart instrument för uppnående av den avsedda funktionen, det är nödvändigt eller åtminstone önskvärt att det föreligger ett sådant skydd . . . Vid lös egendom har behovet av skydd inte gjort sig gällande på samma sätt. Det har ofta varit fråga om kortvariga upplåtelser och i sådana fall är det tydligen inte av så stor vikt, att man har regler om sakrättsligt skydd.»[42]

Det har här också stort intresse att undersöka med vilka argument lagstiftaren arbetat ifråga om begränsningen av antalet inskrivningsbara rättigheter till fast egendom. Frågan var aktuell i 1960 års förslag till JB:

»Enligt beredningens mening kunna ock vägande skäl anföras mot en obegränsad rätt till upplåtelse av olika slag av reallaster. Särskilt sådana som gå ut på arbetsprestationer äro ägnade att ingiva betänkligheter. Allvarliga sociala

38 Hessler s 300. Jfr densamme s 82. Se ock Grönfors, Nordisk Gjenklang s 435. Grönfors är skeptisk mot teorien om sakrätternas numerus clausus.
39 Hessler kapitel 5 II.
40 Hessler kapitel 6 III.
41 Hessler s 280 f.
42 Hessler s 81 f.

missförhållanden skulle kunna uppstå, om äganderätt till vissa fastigheter förbundes med långt gående skyldigheter att utföra dagsverken eller tjänster. I fråga om alla slags reallaster gäller vidare att de bli särskilt betungande, om de skola gälla för mycket lång eller obegränsad tid framåt. Sedan en längre tidrymd förflutit från upplåtelsen av en beständig rättighet, kommer denna också lätt att framstå som irrationell. Dylika synpunkter bidrogo till att de ålderdomliga reallaster som inledningsvis berörts[43] blevo avvecklade. Om det åter är fråga om prestationsskyldigheter, som icke skola fortfara under längre tid, finnes det ofta ej något större behov av att låta dem omedelbart belasta fast egendom. På grund av vad sålunda anförts har beredningen funnit att lagstiftningen ej bör lämna möjlighet att fritt instifta reallaster med ett innehåll och den tidslängd som upplåtaren bestämmer. Rätten att genom avtal eller andra privata rättshandlingar belasta fast egendom med prestationsförpliktelser bör istället begränsas till sådana reallaster som motsvara ett praktiskt behov och som icke medföra att egendomen för all framtid skall svara för ouppsägbara gravationer.»[44]

Lagberedningen föreslog dock 1960 en väsentligt utökad rättighetsflora, där avkomsträtten hade uppdelats i två olika rättighetstyper: födoråd och ränterätt. Dessutom skulle inskrivning enligt förslaget kunna ske av förköpsrätt, återköpsrätt, vattenfallsrätt, rätt till andel i samfällt strömfall och samfällighetsrätt, förutom de fyra rättighetstyper som slutligen upptogs i JB, alltså panträtt, nyttjanderätt, servitut och rätt till elektrisk kraft. Den slutliga begränsningen av antalet inskrivningsbara rättigheter skedde under intryck av remisskritiken. Anledningen var i första hand att man i betraktande av det ringa behov som ansågs föreligga för de utrensade rättighetstyperna strävade efter en förenkling av JB:s regler.[45] Härvid tycks bl a ha beaktats de av lantmäteristyrelsen påpekade svårigheterna »att finna regler som på ett enkelt och tillfredsställande sätt löser de konflikter som uppstår när en fastighet, som besväras av en begränsad sakrätt, delas eller på annat sätt berörs av en fastighetsbildningsåtgärd.»[46] I remisskritiken framhölls också att en möjlighet att avtala om förköpsrätt kunde tänkas medföra ogynnsamma verkningar bl a för fastighetsomsättning och kreditgivning.[47] Även det exekutiva förfarandet ansågs bli mera komplicerat genom de nya rättsbildningarna.[48] Slutligen åberopades i remisskritiken mot födorådet att en prestationsskyldighet i naturaförmåner skulle kunna lägga hinder i vägen för en i och för sig välmotiverad ändring av fastighetens användning.[49]

Anmärkas bör vidare att lagberedningen i motiven till 1960 års förslag till JB anslöt sig till den gamla uppfattningen, att sådana rättigheter som nyttjanderätt, servitut m m, i motsats till panträtten, är »sakrätter» redan från och med upplåtelseavtalet och att inskrivningen endast förstärker tredjemansskyddet.[50]

43 Tionde, frälseränta m m.
44 SOU 1960:25 s 236.
45 Prop 1970:20 B s 22.
46 Ibid.
47 Nämnda prop B s 23.
48 Nämnda prop B s 26 f.
49 Nämnda prop B s 27.
50 Se t ex SOU 1960:25 s 275. Jfr s 298 f. Jfr ock nedan kap 6 vid not 71 ff.

Ifråga om servitut och rätt till elektrisk kraft skulle dock, menade lagberedningen, härför krävas att upplåtelsen grundades på skriftligt kontrakt.[51] Muntliga upplåtelser av sådana rättigheter skulle visserligen inte vara ogiltiga, men de skulle endast ha obligatorisk verkan mellan parterna.[52]

7. Sammanfattning och slutsatser

I tysk och fransk rätt härskar en teori om sakrätternas numerus clausus, innebärande att endast vissa av lagstiftaren angivna rättighetstyper erkännes som sakrätter och därmed kommer i åtnjutande av det sakrätterna förbehållna rättsskyddet mot tredje man. Dansk och norsk rätt har helt övergivit denna teori tillsammans med indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter. I svensk rätt kan teorien om sakrätternas numerus clausus numera sägas komma till uttryck därigenom att man frågar efter »behovet» av tredjemansskydd för olika rättighetstyper. I stort sett är det den tyska och franska rättens sakrätter som i svensk rätt ansetts ha behov av tredjemansskydd.

Hur kan det då komma sig att den nordiska rätten i större eller mindre utsträckning klarar sig utan det som anses värdefullt i tysk och fransk rätt? Såvitt jag förstår beror detta på att indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter är en juridisk konstruktion med olika funktioner, vars syften man i nordisk doktrin lyckats tillgodose på annat sätt. Att döma av de skäl som åberopas för teorien om sakrätternas numerus clausus och den indelning av rättigheterna som faktiskt görs, synes rättighetsindelningen ha framför allt tre centrala funktioner.

Den första funktionen är att ge uttryck åt olikheterna i behandlingen av individuellt och generiskt bestämda anspråk i konflikter med tredje man. Generiskt bestämda anspråk är alltid obligatoriska. Gränsen mellan generiskt och individuellt bestämda anspråk har dragits genom 1700-talets distinktion mellan begreppen obligatio och ius ad rem samt genom den moderna nordiska doktrinens definition av begreppet fordringsrätt, som blivit liktydigt med anspråk på generiskt bestämd egendom.

Den andra funktionen är att förhindra att äganderättens omsättningsfunktion skadas genom varaktiga (långvariga eller permanenta) bindningar av ägarens befogenheter med avseende på viss bestämd egendom. Ovan redovisade uttalanden i tysk doktrin tyder närmast på att man varit rädd för en urholkning av äganderätten på det sättet att ägaren skulle avhända sig ett stort *antal* befogenheter. Det väsentliga måste emellertid vara att avhändandet icke sker för alltför lång tid. Bakom detta resonemang ligger nationalekonomiska synpunkter, innebärande att tillgängliga resurser bör hållas så rörliga att de någorlunda snabbt av marknadskrafterna kan styras eller omfördelas (»allokeras») till den användning som ger största möjliga effektivitet. Om tillgången på viss slags egendom är

51 14:5 och 15:2 JB.
52 SOU 1960:25 s 28 f.

begränsad och egendomen är bunden till sin användning under lång tid, kan det i en progressiv ekonomi lätt uppstå svårigheter att finna tillgänglig egendom för nya behov. Just sådant var läget beträffande fast egendom i det kvardröjande feodala systemet under liberalismens genombrott. En ny jordbrukarklass och spirande industrier skulle då förses med mark som var bunden av eviga eller långvariga nyttjanderätter, lösningsrätter och ränterätter. Den historiska skolans utvecklande av teorien om sakrätternas numerus clausus får delvis ses som en i liberalismen förankrad reaktion mot det feodala samhällets band på den fasta egendomen. Rättighetstyper som hotade »omsättningens *frihet*» klassificerades som obligatoriska och fråntogs därigenom möjlighet till tredjemansskydd, vilket medgav förtida upplösning av avtalsförhållandet i samband med en överlåtelse av egendomen.[53]

Den tredje funktionen hos rättighetsindelningen är att tillgodose behovet av *säkerhet* i omsättningen. Liksom de två föregående funktionerna har denna funktion medfört en alldeles särskild skiktning av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter. Här har den sakrättsliga kvaliteten anknutits icke till sättet att formulera anspråket eller rättighetens materiella innehåll utan till sådana yttre omständigheter som besittningstagande och inskrivning. Enligt denna indelning kan t o m äganderättsförvärv grunda en blott obligatorisk rätt, nämligen innan förvärvaren tagit egendomen i sin besittning eller fått sin rätt inskriven i fastighetsboken. Egentligen har strävan efter säkerhet i omsättningen inneburit två skilda saker, nämligen dels en önskan att skydda exekutionsborgenärer mot att gäldenären i maskopi med närstående personer söker undandraga egendom från exekution genom skentransaktioner o d, dels en önskan att skydda förvärvare mot dold konkurrens.

Indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter får ses som en juridisk konstruktion, varigenom man i ett slag tillgodosett flera olika behov. Rättighetsindelningens funktioner kan emellertid också, såsom blivit fallet i modern dansk och norsk rätt, fyllas av ett nyanserat system med prioritets- och exstinktionsregler, där behovet av säkerhet i omsättningen tillgodoses genom regler om godtrosförvärv, krav på inskrivning m m. Ett moment i detta system är också att risken för varaktiga bindningar – i mån av behov – neutraliserats på annat sätt än genom att vissa rättighetstyper fråntogs möjlighet till tredjemansskydd, nämligen genom begränsningar i partsbundenheten. Utgångspunkten är här att alla anspråk på individuellt bestämd egendom tillerkännes prioritet efter ålder, varför något utrymme för en undersökning av rättighetstypens »behov» av tredjemansskydd i den meningen icke finns.

Svensk rätt står någonstans mittemellan dessa båda system. Vi bevarar resterna av den tidigare importerade rättighetsindelningen, samtidigt som vi blivit starkt påverkade av den moderna danska och norska doktrinens sätt att systematisera reglerna.

[53] Numera anses en allmän regel gälla i tysk rätt om rätt till uppsägning av långvariga avtal (»Dauerschuldverhältnisse») »aus wichtigem Grund», se Larenz I § 2 IV.

8. Plan för den fortsatta framställningen

Rättighetsindelningens olika funktioner kommer att belysas i de följande kapitlen. Närmast beskrives i kapitel 5 och 6 dess funktion att tillgodose behovet av säkerhet i omsättningen vid förvärv av äganderätt och panträtt. I kapitel 7, som behandlar principen »köp bryter lega», framträder dess funktion att skydda mot varaktiga bindningar av ägarens befogenheter, dvs att garantera omsättningens frihet. Slutligen gör jag i kapitel 8 en genomgång av olika rättighetstyper, som i det ena eller det andra sammanhanget betecknats som obligatoriska. Syftet är här att undersöka vilka funktioner rättighetsindelningen haft i olika fall. Även vissa andra funktioner än de nu nämnda kommer då att framträda. Både i kapitel 7 och kapitel 8 ges exempel på hur man främjat omsättningens frihet genom ingrepp direkt i partsförhållandet. Kapitel 8 innehåller också en diskussion av prioritetsprincipen, preferensprincipen och konkurrensprincipen. Denna diskussion skall belysa olikheterna i behandlingen av generiskt och individuellt bestämda anspråk ifråga om rättsskyddet mot tredje man.

KAPITEL 5. FÖRVÄRV AV ÄGANDERÄTT – VISSA KONKURRENSFRÅGOR VID KÖP

1. Inledning

Den tilltagande aktivitet som präglade utvecklingen alltifrån mitten av 1600-talet medförde risker för rättskollisioner i större omfattning än som varit fallet i det äldre, mera statiska samhället. Framför allt uppstod svårigheter att skydda köpare och pantborgenärer mot dolda äldre konkurrerande rättigheter samt exekutionsborgenärer mot bedrägliga påståenden om tidigare överlåtelser eller pantsättningar. Varken den romerska eller den äldre germanska rätten var rustade att handskas med dessa problem. Därför utvecklades i de nationella rättsordningarna under framför allt 1700- och 1800-talen regler till skydd för säkerheten i rättslivet. Utvecklingen under 1700-talet innebar i huvudsak att skydd bereddes godtroende förvärvare som tagit egendomen i sin besittning eller fått sin rätt inskriven. Under 1800-talet bredde emellertid den s k abstraktionsprincipen ut sig. Denna princip, som genomsyrar fransk fastighetsrätt och tysk rätt i dess helhet och som under senare delen av 1800-talet hade vissa begränsade framgångar även i nordisk rätt, innebär i korthet att tradition respektive inskrivning blir avgörande i en konkurrenssituation, utan avseende på förvärvarens eventuella kännedom om äldre konkurrerande rättigheter. Vid t ex dubbelförsäljning får alltså med en tillämpning av abstraktionsprincipen den senare köparen företräde oavsett god tro, om han först tar egendomen i sin besittning eller först får sin rätt inskriven.

I detta kapitel behandlas nyssnämnda utveckling av regler om skydd för förvärvare av äganderätt genom besittningstagande eller inskrivning, varvid särskilt abstraktionsprincipens utbredning uppmärksammas. I nästa kapitel behandlas på motsvarande sätt förvärv av panträtt. Mitt syfte härmed är tvåfaldigt. Dels vill jag visa hur man, särskilt i tysk rätt, inordnat nyssnämnda skyddsregler i ett system med förvärv av »sakrätt» genom tradition och inskrivning. Dels vill jag ge ett underlag för en bedömning av abstraktionsprincipen.

Mina syften med framställningen motiverar i detta kapitel en begränsning till regler om förvärv av äganderätt genom köp av lös sak och fast egendom. Under särskilda rubriker behandlas förvärv från annan än rätt ägare (varunder innefattas bl a fall där säljarens fång är ogiltigt på grund av tvång e d), dubbelförsäljning samt köpares skydd mot säljarens borgenärer vid utmätning eller konkurs. Det är dessa problem som utgör kärnan i frågan om äganderättens övergång vid köp. Påpekas bör att problemet med köpares skydd mot dold konkurrens avser köparens ställning i förhållande till *äldre* konkurrent, medan frågan om köparens

borgenärsskydd avser konkurrens med *yngre* rättighetshavare. Kapitelrubriken får icke dölja att man här ser saken ur olika perspektiv.

2. Romersk rätt

a) Förvärv från annan än rätt ägare

I den romerska rätten härskade vindikationsprincipen. Den som köpte av annan än rätt ägare skyddades dock i begränsad utsträckning genom olika former av hävd. Ett hävdeinstitut kallades »usucapio», ett annat »longi temporis praescriptio». I den justinianska rätten hade dessa institut utvecklats så att de innebar följande: Den som i god tro och med s k justus titulus köpte lös egendom från annan än rätt ägare blev genom usucapio ägare till egendomen efter tre år. Med justus titulus avsågs vid köp själva köpeavtalet. Den som under samma förutsättningar köpte fast egendom blev genom longi temporis praescriptio ägare efter tio eller tjugo år, beroende på om ägaren var »praesens» eller »absens». – Dessutom fanns en trettioårig hävd till fast egendom, s k »longissimi temporis praescriptio», som förutsatte god tro men icke justus titulus.[1]

b) Dubbelförsäljning

En säljare kunde, såsom tidigare nämnts, enligt den romerska rätten välja mellan skyldighet att leverera den avtalade egendomen och skyldighet att betala skadestånd. Köparen hade alltså icke rätt till naturaprestation ens om köpet avsåg individuellt bestämd egendom. Avgörande för prestationens innehåll var säljarens vilja, icke hans förmåga att leverera den avtalade egendomen in specie. Under sådana omständigheter kunde man naturligtvis icke tänka sig konkurrens mellan två köpare av samma sak.[2]

c) Köpares borgenärsskydd

Eftersom säljaren kunde välja mellan naturaprestation och skadestånd uppkom ett konkurrensförhållande mellan köparen och säljarens borgenärer endast i konkurs (venditio bonorum, distractio bonorum), varvid köparen fick procentuell utdelning. Något utmätningsinstitut fanns för övrigt icke i den klassiska romerska rätten – ett sådant utbildades först under den senare kejsartiden – däremot regelrätt personalexekution (actio iudicati), som innebar att gäldenären fick arbeta av sin skuld.[3]

1 Schwind s 211 ff, Kaser I § 101. Jfr Mazeaud II:2 nr 1520.
2 Schwind s 126, Kreller s 289, Ziebarth s 179 och 199 f, Anners I s 66. Jfr ovan kap 3 not 3.
3 Schwind ibid, Kaser, Zivilprozessrecht § 56, Anners I s 66 och 78.

3. Preussisk rätt

a) Förvärv från annan än rätt ägare

Äganderätt förvärvades enligt den preussiska rätten, såsom den framträdde i ALR, i två led. Genom titulus (avtalet) förvärvades ius ad rem, genom modus acquirendi (vanligen traditionen) förvärvades en ius in re.[4] Tradition kunde ske genom constitutum possessorium, alltså fingerad tradition.[5]

Den som på detta sätt i god tro köpt lös egendom från annan än rätt ägare gavs av ALR skydd mot rätte ägarens vindikationsanspråk. Genom en kompromiss mellan den romerska vindikationsprincipen och den tyska »Hand wahre Hand»-principen, som innebar ett vidsträckt skydd mot vindikationsanspråk från rätt ägare,[6] hade man åstadkommit regler som i huvudsak gick ut på att godtroende köpare av lös sak icke var skyldig att utgiva saken till vindicerande rätter ägare med mindre ägaren gav lösen motsvarande vad köparen själv erlagt.[7] God tro presumerades föreligga. Rätt ägare var alltså skyldig att styrka förekomsten av ond tro.[8] Även vårdslös förvärvare ansågs vara i ond tro, icke blott den som faktiskt känt till att säljaren ej var rätt ägare.[9]

I fastighetsrätten förekom i begränsad utsträckning ett proklamaförfarande, varigenom en köpare kunde förvissa sig om att okända personer icke gjorde anspråk på äganderätt (eller panträtt) till fastigheten.[10] Frågan om fastighetsboken (Hypothekenbuch) som sådan var utrustad med »öffentlicher Glaube» (publica fides) och således ett godtrosförvärv från annan än rätt ägare var möjligt även i fastighetsrätten har varit föremål för olika meningar. Enligt en mening gav redan ALR publica fides, enligt en annan infördes detta först genom den inskrivningslagstiftning som genomfördes 1872.[11]

b) Dubbelförsäljning

Den som genom titulus och modus köpt lös eller fast egendom var, under förutsättning av god tro, enligt ALR skyddad också mot krav från tidigare

4 Dernburg I § 186.
5 Dernburg I § 152 p 3.
6 Se framför allt Anners, Hand wahre Hand s 119 ff. Jfr Wieacker s 242 vid not 58 f, Hübner s 16 ff, Hedemann 2:2 s 204 f och 218 f.
7 Dernburg I § 188.
8 Dernburg I § 188 not 14 p 9.
9 Dernburg I § 188 not 14 p 5.
10 Dernburg I § 189.
11 Enligt Dernburg I § 191 p 5 infördes genom ALR principen om fastighetsbokens offentliga trovärdighet, så att den »im Hypothekenbuch eingetragene Besitzer in allen mit einem redlichen Dritten geschlossenen Verhandlungen als Eigenthümer angesehen werden soll, ohne dass dem wahren Berechtigten eine Anfechtung derselben offen steht». Uppfattningen att fastighetsboken först genom 1872 års inskrivningslagstiftning fick offentlig trovärdighet framföres av Brandt s 289, jfr s 94.

köpare av samma egendom. Den tidigare köparens ius ad rem skyddade endast mot ondtroende senare köpare.[12] Även här presumerades god tro föreligga, men endast den som haft säker kunskap om en äldre ius ad rem tycks ha ansetts vara i ond tro.[13]

Vissa svårigheter uppstod dock i fastighetsrätten genom att modus acquirendi här alternativt kunde vara inskrivning av köparens »Besitztitel» i fastighetsboken. På grund härav kunde kollision uppkomma mellan en köpare som blott tagit fastigheten i sin besittning (»wahrer Eigenthümer») och en köpare som litat på att säljaren fortfarande var inskriven som ägare (»bürgerlicher Eigenthümer»). Risken för sådana kollisioner ökade när man i början av 1800-talet – under inflytande av romerskrättsliga och liberalistiska strömningar – avskaffade den tidigare rådande skyldigheten för köpare av fast egendom att låta inskriva sin Besitztitel. Enligt härskande mening skulle konflikten mellan wahrer och bürgerlicher Eigenthümer lösas så att den som fått fastigheten i sin besittning skulle ha företräde (»traditionsteorien» i motsats till »inskrivningsteorien»).[14]

Såvitt gällde fast egendom reformerades emellertid dessa regler grundligt genom nyssnämnda 1872 års inskrivningslagstiftning, som innebar att den av Savigny och hans lärjungar i den historiska skolan utbildade läran om det abstrakta sakrättsliga avtalet vann säkert fotfäste i tysk rätt. Såsom närmare utvecklas nedan under d) innebar detta att såväl begreppet ius ad rem som betydelsen av besittningstagande avskaffades i preussisk fastighetsrätt.

c) Köpares borgenärsskydd

Mot säljarens borgenärer i konkurs uppnådde en köpare i den preussiska rätten skydd först genom att han tog egendomen i sin besittning – varvid dock constitutum possessorium var tillräckligt – eller fick sin rätt inskriven. Mot säljarens utmätningsborgenärer hade köparen skydd redan genom sin ius ad rem. Om utmätningsborgenären känt till försäljningen gick alltså utmätningen åter. Något verksamt skydd mot bedrägliga transaktioner i syfte att undrandraga egendom från utmätning eller konkurs erbjöd således den preussiska rätten icke borgenärerna.[15]

[12] ALR I, 19, 2–5. Besittningstagandet framställdes här som i första hand avgörande (§ 4), varefter undantag gjordes för fall där köparen vid tiden för besittningstagandet känt till en äldre ius ad rem (§ 5). Se t ex den kommenterade utgåvan av Koch.

[13] Ang bevisbördan se ALR I, 19, 5. Ang innebörden av godtroskravet se Dernburg I § 184 p 2.

[14] Ziebarth, Die Reform s 21 ff, Brandt s 86 ff, särskilt s 94 f, samt Hedemann 2:2 s 257 ff.

[15] Dernburg I § 104 not 14, § 152 not 11 och § 184 not 11. Jfr Ziebarth, Die Reform s 21 ff.

d) Receptionen av det abstrakta sakrättsliga avtalet

Begreppet ius ad rem var, såsom vi sett, väsentligt i den preussiska rättens regler om företräde i här aktuella konflikter, framför allt vid dubbelförsäljning. Begreppet ius ad rem var emellertid oförenligt med den historiska skolans krav på romerskrättslig renlärighet och konsekvens i det juridiska systemet. Följden blev att begreppet ius ad rem – och därmed kravet på god tro hos senare köpare vid dubbelförsäljning – under 1800-talet förkvävdes till förmån för en formalistisk abstraktion av bl a äganderättsförvärv från det bakomliggande rättsförhållandet.[16]

För det första passade begreppet ius ad rem icke in i den bestämning av begreppen sakrätt och obligatorisk rätt som utvecklades i den historiska skolan. En sakrätt var här en omedelbar rätt till en sak, som kunde göras gällande mot var och en. En obligatorisk rätt var en rätt mot en person, en rätt att av gäldenären kräva en handling. Begreppet ius ad rem kunde icke inordnas i något av dessa begrepp. Eftersom rätten kunde göras gällande blott mot ondtroende konkurrent och icke mot godtroende, var den icke en sakrätt. Eftersom den kunde göras gällande icke blott mot gäldenären utan också mot ondtroende ny ägare var den icke heller en obligatorisk rätt. Begreppet ius ad rem uppfattades av den historiska skolans jurister som en bastard, ett mellanting mellan en obligatorisk rätt och en sakrätt.[17]

För det andra hyllades i den historiska skolan den romerska uppfattningen att en borgenär, t ex en köpare av viss sak, icke hade rätt till naturaprestation utan fick nöja sig med skadestånd, för den händelse säljaren vägrade att leverera enligt avtalet. Det är antagligt att begreppet ius ad rem av postglossatorerna utbildats framför allt för att i den romerska rättens former inordna en germansk regel om rätt till naturaprestation.[18] När man återgick till den romerska regeln uppfattades naturligtvis begreppet ius ad rem som främmande. Kan en köpare icke framtvinga naturaprestation av sin medkontrahent saknas det uppenbarligen också grund för att låta honom utkräva egendomen av någon annan som köpt den av säljaren.[19]

För det tredje uppfattades i den historiska skolan det med begreppet ius ad rem förenade godtroskravet som en för den förhatliga naturrätten typisk, men obehörig, inblandning av »moralen» i rättsordningen. Man menade att den som blott drager försorg om sin rätt – är »vigilant» – icke gör sig skyldig till något

16 Se redogörelsen hos Eisfeld s 19 ff.

17 Eisfeld s 20.

18 Jfr ovan kapitel 3 not 11. Se också Ziebarth s 179 ff och 199 f.

19 En renlärigt romerskrättslig uppfattning framfördes av exempelvis Baron, Abhandlungen aus dem Preussischen Recht, Berlin 1860, återgiven hos Gruchot, Bd 8 s 606 f. Se ock Ziebarth s 213 och Dernburg I § 184 not 6. Jfr Eisfeld s 22, som påpekar att man framhöll att den förste köparen i allmänhet vore fullt tillgodosedd genom skadestånd och att det alltså inte skulle finnas något egentligt behov av ytterligare skydd.

omoraliskt eller obilligt.[20] Man menade att den senare köparen blott utnyttjade säljarens frihet att trots den första försäljningen *vilja* sälja till honom. Säljarens viljefrihet ansågs icke begränsad av »obligationen».[21] Resonemanget sammanhängde uppenbarligen med förnekandet av rätten till naturaprestation.

Sist men inte minst menade man att ett krav på god tro ledde till osäkerhet i omsättningen. Klart kom denna synpunkt till uttryck i motiven till 1872 års inskrivningslagstiftning, varom mera strax nedan.

Helt kunde man dock inte vara konsekvent i sitt bortseende från ond tro hos en senare köpare vid dubbelförsäljning. Visserligen diskvalificerades icke den senare köpare som »icke tog notis om ett avtal som han icke slutit och som det icke ålegat honom att uppfylla»,[22] men en mera kvalificerad ond tro ansåg man sig inte kunna bortse från. Kvalificerad var den onda tron, menade man, om den senare köparen också känt till att den förste köparen begärde och förväntade sig

20 Denna uppfattning framfördes bl a av Lenz, Studien und Kritiken, Greifswald 1847, återgiven hos Gruchot, Bd 8 s 605 f: »Dass ich . . . wenn ich weiss, dass ein *anderer* ebenfalls einen, wenngleich vielleicht ältern *Titel* zur Sache hat, und ich nur dafür sorge, dass mein Titel zur Sache durch den Modus zu einem dinglichen Recht sich erhebt, dies nicht mit rechtlicher Wirkung soll thun dürfen: dies muss dem juristischen Verstande unerklärlich bleiben. Persönliches Recht stand doch nur persönlichem Recht gegenüber: warum soll ich nun nicht wachsam sein und mein gutes Recht durch den Schirm der Dinglichkeit beschützen können? . . . Die Bestimmungen des Landrechts hierüber enthalten eine Tyrannei der Billigkeit, die unerträglich ist . . . Diese Billigkeitstyrannei der bona fides hängt mit dem Geiste der Zeit, in der das Landrecht entstanden, auf das innigste zusammen . . . Die Zeit der Moral – nicht jener *erfüllten* Sittlichkeit, die den Menschen zum guten Sohn, Bürger, Gatten und Vater macht, sondern jener dünnen blutlosen Moral, bei der man vor Langerweile sterben kann . . .» – Jfr vidare Eisfeld s 21.

21 Se t ex Baron a st.: »Der zweite Gläubiger hat nur von der trotz der ersten Obligation fortbestehenden Willensfreiheit des Schuldners Gebrauch gemacht, wenn er sich eine Sache versprechen und tradiren liess. Vom juristischen Standpunkt aus muss er hierdurch Eigenthum erwerben, und zwar, ohne mit einer Obligation gegenüber dem ersten Gläubiger belastet zu werden». – Så ock Siegmann, Commentar zu dem Sächs. Hypothekengesetze vom 6. November 1843, Leipzig 1861, återgiven hos Gruchot, Bd 8 s 608 noten.

22 Rättsfall 1836, se Gruchot, Bd 8 s 605. Jfr Siegmann a st.

att köpet skulle fullgöras av säljaren (!). Kvalificerad ansågs också den onda tron om den senare försäljningen företagits i syfte att omintetgöra den första.[23]

Till fulländat uttryck kom tendensen att nonchalera tidigare avtal i den av Savigny utvecklade läran om det abstrakta sakrättsliga avtalet, där just abstraktionen innebar att god tro icke krävdes rörande tidigare dispositioner av säljaren.[24]

Läran om det abstrakta sakrättsliga avtalet upptogs i den preussiska fastighetsrätten genom 1872 års inskrivningslagstiftning.[25] Det primära syftet med denna lagstiftning var att reformera fastighetspanträtten, vars regler länge ansetts otillfredsställande. Enligt dittills gällande preussisk rätt hade panträtt i fast egendom (Hypothek) förutsatt ett personligt skuldförhållande. Panträtten var accessorisk till en fordran. Enligt den s k materiella legalitetsprincipen ålåg det dessutom inskrivningsmyndigheten att kontrollera om de materiella förutsättningarna för inteckning förelåg. Både panträttens accessoriska natur och det såsom omständligt kritiserade förfarandet vid inteckning ansågs vara hindrande för den eftersträvade utvecklingen av realkrediten och därmed för jordbrukets kapitalförsörjning. Botemedlet såg man i en abstraktion av panträtten från det bakomliggande skuldförhållandet. En sådan abstraktion hade redan tidigare framträtt i andra delar av Tyskland, framför allt genom tillskapandet av ägarhypoteket. Genom 1872 års preussiska lagstiftning erkändes både ägarhypoteket och, vid sidan av det accessoriska hypoteket, en icke-accessorisk, abstrakt »Grundschuld».[26]

Samtidigt reformerades emellertid reglerna om äganderättsförvärv till fast egendom. Äganderätt förvärvades enligt 1872 års lagstiftning genom sakrättsligt avtal och inskrivning. Det sakrättsliga avtalet skulle komma till uttryck i en s k

[23] Siegmann anförde bl a följande: ». . . dieses Recht, die Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages zu verlangen, ist bei beiden Abkäufern im Verhältnisse zu ihrem Verkäufer ein gleich wirksames; die Disposition des Letzteren über das zweimal verkaufte Grundstück ist an und für sich durch den, nur persönliche Ansprüche begründenden Kaufabschluss nicht aufgehoben und zwischen den beiden Abkäufern selbst ist kein obligatorisches Verhältnis vorhanden, vermöge dessen der Eine zu Gunsten des Anderen die Verfolgung seiner Ansprüche gegen den Verkäufer aufzugeben verbunden wäre. Eine mala fides, welche subjectiv immer ein unredliches Wollen und Handeln voraussetzt, könnte hier nur unter der Voraussetzung angenommen werden, wenn der zweite Käufer auch gewusst hätte, dass der erste, besser titulirte Käufer die Erfüllung seines Kaufes von dem Verkäufer fordere und erwarte, oder wenn etwa das zweite Kaufgeschäft gleich in der Absicht, dem älteren Käufer die Verfolgung seines Rechtstitels abzuschneiden, abgeschlossen worden wäre.»

[24] Jfr ovan kapitel 3 vid not 32 f.

[25] Ang lagstiftningens innehåll och bakgrund se Brandt § 11, Dernburg I § 185, Hedemann 2:2 s 257 med not 144, Werner I (lagtexten) och II (motiven). Se vidare ang abstraktionsprincipens inträngande i praxis vid säkerhetsöverlåtelse m m Brandt § 12.

[26] Hedemann 2:2 s 260 ff, Brandt s 90 ff.

Auflassung, d v s en överlåtelseförklaring inför inskrivningsmyndigheten, och denna skulle sedan ligga till grund för inskrivningen. Genom att anknyta äganderättsförvärvet till inskrivningen ville man undvika den oreda som uppkommit genom att både besittningstagande och inskrivning tidigare erkänts som modus acquirendi. Genom att göra äganderättsförvärvet abstrakt (»legalitetsprincipen» ersattes av »konsensprincipen») ville man dels taga avstånd från det moraliserande som godtroskravet vid dubbelförsäljning sades innebära,[27] dels åstadkomma ökad säkerhet i omsättningen. Sistnämnda synpunkt underbyggdes med konstaterandet att godtroskravet i den preussiska rätten medfört talrika tvister ifråga om kravets närmare innebörd: Vad är god tro? När skall god tro föreligga? Hur skall god tro bevisas? Måste det vara fråga om rättigheter av samma slag? – I anledning härav utbildad rättspraxis förklarades innebära en kasuistik som komplicerade rättsläget och gjorde omsättningen osäker. Om godtroskravet avskaffades, menade man, skulle alla dessa tvister kunna undvikas.[28] – Att en stark opposition talade om formell juristrött och gynnande av »Unredlichkeit und Schlauheit» på bekostnad av »Treu und Glauben» kunde inte hindra lagstiftningens genomförande.[29]

1872 års inskrivningslagstiftning var på det sättet mycket betydelsefull som den sedan blev normerande för reglerna i BGB, där läran om det sakrättsliga avtalet utvidgades till att gälla även ifråga om förvärv av lös egendom.

[27] Werner II s 14 spalt 2.

[28] Werner II s 15: »In der Preussischen Praxis hat diese ungebührliche Ausdehnung des Begriffs der Schlechtgläubigkeit eine grosse Kasuistik insbesondere über die Fragen erzeugt, was unter der Kenntnis oder dem Wissen zu verstehen, in welchem Zeitpunkt es vorhanden sein müsse, wie es zu beweisen sei, da das Wissen doch nur ein innerer Seelenzustand ist, der sich durch äussere Thatsachen nicht manifestirt und insbesondere eine Eideszuschiebung darüber mit Recht von der Praxis für unzulässig erachtet wird; endlich ob das ältere und jüngere Recht gleichartige sein müssen, – eine Kasuistik, die in der That nicht dazu dient, den Rechtszustand vereinfachen und sicher zu machen. Alle die Kontroversen werden vermieden, wenn in konsequenter Durchführung der Auflassungstheorie festgesetzt wird: nur Derjenige, welcher auf Grund der Eigenthumsauflassung des *eingetragenen* Eigenthümers als neuer Eigenthümer *eingetragen* ist, hat das Eigenthum erworben. – Wer sonst noch einen vertragsmässigen Anspruch auf Auflassung besitzt, hat sich an seinen Kontrahenten zu halten, kann aber das vollendete Recht des eingetragenen Erwerbers nicht mehr überwinden. Die Ungewissheit des Eigenthums der Grundstücke und die daraus entstehenden Prozesse werden durch diese Theorie einfach und naturgemäss verhütet . . .» Olika uppfattningar utvecklades dock i frågan vad abstraktionen skulle omfatta. Enligt den härskande uppfattningen skulle god tro även enligt 1872 års lagstiftning avkrävas förvärvare rörande eventuell ogiltighet i fångesmannens åtkomst. Vissa författare hävdade dock att abstraktion skulle ske även från sådana omständigheter. Se Dernburg I § 201 not 1. Ang modern tysk rätt, där abstraktionen omfattar även ogiltighet i fångesmannens förvärv, se nedan vid not 32.

[29] Werner II (Herrenhauskommission) s 45. Jfr Brandt s 97 ff och Eisfeld s 22.

4. Modern tysk rätt

a) Förvärv från annan än rätt ägare

I modern tysk rätt härskar alltså läran om det abstrakta sakrättsliga avtalet. Äganderätt såsom en absolut, mot var och en gällande rätt, förvärvas vid köp genom sakrättsligt avtal och tradition, när fråga är om lös egendom, och genom sakrättsligt avtal och inskrivning, när fråga är om fast egendom. Kravet på tradition är dock icke reellt. Liksom i den preussiska rätten räcker det med constitutum possessorium. Sådan fingerad tradition anses tillräcklig för att överföra äganderätten till köparen även när överlåtelsen sker i säkerhetssyfte.[30]

Det sakrättsliga avtalet, som vid köp av lös egendom kommer till uttryck i traditionen (eller, när verklig tradition ej sker, fingeras) och vid köp av fast egendom i en s k Auflassung (överlåtelseförklaring), är fristående eller abstrakt från det bakomliggande obligationsrättsliga förhållandet. Själva köpeavtalet är blott obligationsrättsligt och har ingen inverkan på ägarförhållandena. Det blott »förpliktar» parterna att överlåta äganderätten respektive betala köpeskillingen.[31] – Det sakrättsliga avtalet kallas »Einigung», det obligationsrättsliga »Vertrag».

Det sakrättsliga avtalets abstraktion har den konsekvensen att en köpare som fått egendomen i sin besittning eller sin rätt inskriven betraktas som ägare och således utan vidare kan överlåta sin äganderätt på vanligt sätt, även om hans eget obligationsrättsliga köpeavtal är ogiltigt. Endast om också hans sakrättsliga avtal är ogiltigt blir ett förvärv från honom att anse som ett förvärv från annan än rätt ägare. Tämligen långtgående undantag från abstraktionsprincipen medför dock att ogiltighet i det obligationsrättsliga avtalet också drabbar det sakrättsliga. Så anses vara fallet vid tvång, svek och ocker, bristande rättslig handlingsförmåga, ogiltighet på grund av förbud i lag m m. Ogiltighet kan drabba det sakrättsliga avtalet också därför att det ingåtts under villkor att det skall gälla bara om det obligationsrättsliga avtalet är giltigt. Sådana villkor kan vara uttryckliga eller underförstådda, men de antages icke förekomma som underförstådda annat än när ovisshet om villkorets uppfyllelse faktiskt rått. Omstritt är om det sakrättsliga avtalet kan drabbas av ogiltighet enligt 138 § 1 st BGB, som ogiltigförklarar rättshandlingar i strid mot goda seder. Tidigare har man ansett att det sakrättsliga avtalet måste betraktas som »sittlich neutral», men modern rättspraxis uppges luta mot en sedlighetsprövning även av det sakrättsliga avtalet. Omstritt är också huruvida det sakrättsliga avtalet kan ogiltigförklaras enligt 139 § BGB, som säger att hela rättshandlingen är ogiltig om en del därav, d v s det obligationsrättsliga avtalet, är ogiltigt.[32]

30 Se t ex Baur §§ 5, 19, 51. Jfr ovan kapitel 4 vid not 8.
31 Se t ex Baur § 5 IV.
32 Se t ex Baur § 5 IV 2 och 3.

Vid sidan av abstraktionsprincipen, som således skyddar köparens successorer genom att faktiskt göra köparen till ägare trots att hans fång är obligationsrättsligt ogiltigt, finns regler om skydd för den som i god tro köper från någon som faktiskt icke är ägare, t ex därför att han endast lånat eller hyrt egendomen eller därför att hans sakrättsliga avtal är ogiltigt.[33] Allmänna regler om förvärv av äganderätt genom sakrättsligt avtal och tradition respektive inskrivning är naturligtvis tillämpliga även på den godtroende köparen. Rörande godtroskravet skall nämnas att köpare av lös egendom anses vara i god tro om han varken känt till att säljaren ej var rätt ägare eller varit okunnig därom på grund av grov vårdslöshet. Rekvisitet grov vårdslöshet beskrivs så att köparen »die erforderliche Sorgfalt nach den gesamten Umständen in ungewöhnlich grobem Masse verletzt und dasjenige unbeachtet gelassen hat, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen».[34] Särskilt stora krav på vårdslöshetens grovhet tycks dock inte uppställas i praktiken. I vart fall vid köp av begagnade bilar synes man, trots kravet på grov vårdslöshet för att ond tro skall anses föreligga, ålägga köparen undersökningsplikt. Godtrosförvärv anses också uteslutet om icke säljaren genom egen besittning framstått som legitimerad att förfoga över egendomen. I princip presumerar man att god tro föreligger, varför tredje man, som påstår att ond tro förelegat, måste styrka sitt påstående.

Vid köp av fast egendom talar man om fastighetsbokens »öffentlicher Glaube». En godtroende köpare kan lita på att den inskrivne ägaren också är ägare. Ond tro anses föreligga endast om köparen faktiskt känt till att fastighetsbokens uppgift var oriktig. Något krav på att grov vårdslöshet icke skall föreligga uppställes alltså icke i fastighetsrätten. Som skäl för denna skillnad i godtroskravets utformning i jämförelse med lösegendomsrätten har anförts att en köpare har större rätt att utgå från att fastighetsboken är riktig än han har att lita på att en besittare är ägare. Lämpligheten av denna distinktion har dock betvivlats och i rättspraxis har man försökt utjämna skillnaden.[35]

b) Dubbelförsäljning

Vid dubbelförsäljning medför reglerna om förvärv av äganderätt genom abstrakt sakrättsligt avtal och tradition respektive inskrivning att säljaren, trots att han redan en gång förpliktat sig att överlåta egendomen till en, fullt lagligt kan sälja den till en annan, utan att denne avkrävs god tro rörande den tidigare försäljningen. Den förste köparen får nöja sig med ett skadeståndskrav mot säljaren.[36] Endast om det föreligger kollusion, d v s om den senare köparen handlat i syfte att skada den förste, blir han skyldig att överlåta äganderätten på denne. Denna skyldighet grundas på § 826 BGB, som stadgar skadeståndsskyldig-

33 Se t ex Baur § 23 och § 52.
34 Citat ur rättsfall, återgivet hos Baur § 52 III 1 b). Jfr Brandt s 285 ff.
35 Baur § 23 IV 1 a).
36 Baur § 5 IV 2 a).

het för »sittenwidrige vorsätzliche Schädigung» (uppsåtlig skadegörelse i strid mot goda seder). Märkligt nog tillämpas alltså § 826 så, att den senare köparen förpliktas att såsom skadestånd utgiva egendomen in specie.[37]

Vid överlåtelse av fast egendom kan köparen skydda sig mot risken för dubbelförsäljning genom att låta inskriva sitt ännu obligationsrättsliga anspråk i fastighetsboken i form av en Vormerkung. Någon motsvarande möjlighet finns icke vid köp av lös egendom, men det förtjänar här upprepas att kravet på tradition icke är reellt utan att traditionen kan ersättas av constitutum possessorium.

c) Köpares borgenärsskydd

Frågan när en köpare enligt tysk rätt vinner skydd mot säljarens borgenärer vid utmätning och konkurs besvaras av de allmänna reglerna om äganderättsförvärv. Innan köparen genom sakrättsligt avtal och tradition (constitutum possessorium) eller inskrivning blivit ägare till egendomen kan denna tagas i anspråk för betalning av säljarens skulder.[38]

d) Abstraktionsprincipens anseende i tysk doktrin

Läran om det abstrakta sakrättsliga avtalet innebar att man fick två avtal istället för ett, det obligationsrättsliga avtalet, som var det gamla välkända partsavtalet, och det sakrättsliga avtalet, som bestod av viljeförklaringar rörande äganderättens övergång, vilka ansågs komma till uttryck i traditionen respektive den s k Auflassung. Denna konstruktion måste ha varit svår att smälta för många konservativa jurister. I motiven till det första BGB-förslaget 1888 omtalas dock att traditionens avtalsnatur bestreds endast av enstaka rättsvetenskapsmän och antages det förhållandet att den nya läran icke överallt accepterats i rättspraxis bero på att lagstiftaren tvekat att beteckna den genom traditionen fullbordade rättshandlingen som ett avtal. För egen del förklarar BGB-motivens författare att åsikten att endast det obligatoriska avtalet skulle ha avtalsnatur grundades på en missuppfattning av ett ställe i Digesterna (en del av Corpus iuris). De avvisar denna åsikt tillsammans med läran om titulus och modus.[39]

1888 års BGB-förslag föranledde i detta avseende kritik från vissa håll. Bland kritikerna fanns professorerna Strohal och Gierke. Strohal ansåg att förslaget överdrivit den romerska uppfattningen till outhärdlighet och från »spekulativt-doktrinära» synpunkter för en likformig schablons skull skapat en praktiskt obrukbar, »schlechthin unmögliches» rätt.[40] Gierke framhöll det inre sambandet mellan det obligatoriska avtalet och den sakrättsliga handlingen och uttalade sig

[37] Baur ibid. Heck § 29, 3.
[38] Baur ibid.
[39] Motiven III s 7 f. Utförlig redogörelse för doktrinen hos Gruchot, Bd 8 s 407 ff.
[40] Strohal s 340, 392 och 394 f. Jfr Gierke, Der Entwurf s 188 not 2.

kritiskt om förslagets doktrinära »Vergewaltigung des Lebens», som det enligt honom innebar att splittra den enklaste överlåtelse i tre moment: obligatoriskt avtal, sakrättsligt avtal och tradition.[41]

Även i den s k andra kommissionen, som bearbetade det första BGB-förslaget, förekom kritiska röster, som med avseende på det abstrakta sakrättsliga avtalet talade om »ein juristischer Kunstbegriff, erfunden um den Eigenthumsübergang bei Grundstücken wissenschaftlich zu erklären».[42] Majoritetens godtagande av det sakrättsliga avtalet och abstraktionsprincipen blev dock bestämmande för innehållet i BGB.

I modern doktrin, där det abstrakta sakrättsliga avtalet främst motiveras med kraven på säkerhet i omsättningen – »absolut verkande förfoganden skall hållas fria från felkällor»[43] – är meningarna delade ifråga om dess värde. Kritik har riktats såväl mot uppfattningen av traditionen som ett sakrättsligt avtal som mot själva abstraktionen. Moderna läroböcker i sakrätt intager olika ståndpunkter. Så anser t ex Lent-Schwab[44] att kritiken mot det abstrakta sakrättsliga avtalet är orättvis (»zu Unrecht»), varvid citeras ett uttalande av Locher, innebärande att distinktionen mellan obligatoriskt och sakrättsligt avtal är »eine aus verfeinerter Analyse des rechtsgeschäftlichen Gesamtvorganges gewonnene Erkenntnis», medan Larenz anser att det abstrakta sakrättsliga avtalet kunde rensas ut ur den tyska rätten. Larenz[45] påpekar att man i gemeines Recht, där läran om det abstrakta sakrättsliga avtalet utbildades, saknade möjlighet till godtrosförvärv, och att numera reglerna om godtrosförvärv såtillvida tillgodoser behovet av säkerhet i omsättningen som de skyddar en köpare mot att säljarens fångesman under påstående om ogiltighet framställer återkrav.[46] Detta framhålles också av t ex Baur, som emellertid inte är beredd att avskaffa abstraktionsprincipen enbart på grund härav. Baur påpekar att hänsyn också måste tagas till köparens utmätningsborgenärer. Det går inte an, menar Baur, att göra en köpares utmätningsborgenärer beroende av om det föreligger ett giltigt obligatoriskt köpeavtal: »So handelt es sich hier um eine recht komplexe Frage, die de lege ferenda nicht mit einem unbedenklichen Ja oder Nein beantwortet werden kann».[47]

En allmän uppfattning synes vara att man i rättspraxis, bl a genom en extensiv tillämpning av förutnämnda § 826 BGB (sittenwidrige vorsätzliche Schädigung), väsentligt urholkat abstraktionsprincipens praktiska betydelse. En radikal uppfattning på denna punkt har framförts av Brandt (1940)[48], som ansåg sig kunna konstatera att det i de rättsfall som vanligen åberopas som exempel på

41 Gierke, Der Entwurf s 187 ff, 314 f och 335 f.
42 Brandt s 119.
43 Baur § 5 IV 1.
44 § 2 III.
45 Larenz II § 39 d.
46 Larenz ibid.
47 § 51 VIII 1.
48 Brandt §§ 15–17.

tillämpning av abstraktionsprincipen i själva verket med få undantag antingen förelåg ett obiter dictum, varvid rättsfallets ratio decidendi innebar raka motsatsen, eller ett utnyttjande av konstruktionen med det abstrakta sakrättsliga avtalet för att på ett enkelt sätt motivera ett slut, för vilket egentligen fanns djupare liggande skäl.[49] Brandt sammanfattade sin genomgång av rättspraxis så att det icke blott förelegat en övervikt för undantagen i förhållande till huvudregeln utan att det abstrakta sakrättsliga avtalet överhuvudtaget icke haft någon »Wirklichkeit»[50] och bara släpats med i lagkommentarer och läroböcker. Om man såg till resultaten, menade Brandt, så hade Reichsgericht hela tiden tillgodosett rättslivets behov och inte en död doktrin.[51] Framför allt hade, menade Brandt, § 826 tillämpats så, att man såväl ifråga om lös som fast egendom erkänt begreppet ius ad rem och alltså uppställt ett krav på god tro hos den senare köparen vid dubbelförsäljning.[52]

5. Fransk rätt

a) Förvärv från annan än rätt ägare

I den medeltida franska rätten fanns en motsvarighet till den tyska principen »Hand wahre Hand». Enligt principen »meubles n'ont pas de suite» gällde som huvudregel att rätt ägare ej kunde vindicera från tredje man. Under 1300-talet övergick emellertid de flesta franska coutumes till den romerska regeln, som innebar att rätt ägare kunde återkräva sin egendom även från godtroende köpare. Den romerska regeln blev emellertid sedan i sin tur övergiven, allteftersom behovet av säkerhet i omsättningen med en tilltagande handel ökade. Först utbildades en bevispresumtion till förmån för besittaren. Under 1700-talet övergick emellertid denna till en materiell regel om exstinktion av ägarens vindikationsrätt gentemot godtroende förvärvare. Denna regel upptogs i Code civil.[53]

Ifråga om lös egendom gäller enligt art 2279 Code civil regeln »en fait de meubles, la possession vaut titre». Regeln innebär att den som köper lös egendom från annan än rätt ägare, t ex från någon som lånat eller hyrt egendomen eller från någon som visserligen köpt egendomen men vars förvärv är ogiltigt, exstingverar rätte ägarens anspråk under förutsättning att köparen i god tro tagit godset i sin besittning.[54]

[49] s 147 f.
[50] s 147.
[51] s 148.
[52] s 156 ff.
[53] Mazeaud II:2 nrs 1521–1523. Se ock Colin-Capitant I nr 1944.
[54] Motiven till art 2279 behandlas av Hromadka s 76. Se i övrigt Mazeaud II:2 nrs 1525 ff. Sentensen »en fait de meubles etc» i art 2279 anses också innehålla en bevispresumtion till förmån för besittare i en helt annan situation, nämligen när tvist uppkommer t ex mellan en uthyrare och hans nyttjanderättshavare i det att den senare påstår att han köpt egendomen eller fått den i gåva. Se Mazeaud II:2 nr 1524.

Trots att lagtexten icke uppställer något krav på god tro hos köparen råder enighet om att god tro krävs. Godtroskravet innebär att köparen icke får ha känt till att säljaren ej var rätt ägare. Någon bedömning av köparens aktsamhet sker icke. God tro presumeras föreligga.[55]

Art 2279 har ej någon motsvarighet ifråga om fast egendom. Godtroende köpare skyddas här mot återkrav från rätt ägare endast av regler om hävd, vilka påminner om den romerska rättens. I enlighet härmed är en köpare av fast egendom i princip oskyddad mot att säljarens fång förklaras ogiltigt. Genom särskilda regler skyddas emellertid köparen mot att säljaren förtiger en redan konstaterad ogiltighet. Sådan ogiltighet måste nämligen den rätte ägaren låta inskriva för att den skall gälla mot senare köpare. I själva verket är köparen alltså, sedan han sökt inskrivning, oskyddad endast mot att säljarens fång ogiltigförklaras efter köpet, vilket naturligtvis kan vara illa nog.[56]

b) Dubbelförsäljning

Trots att man i fransk rätt uppfattar äganderätten som en absolut, mot var och en gällande rätt, och samtidigt anser äganderätten vid köp övergå redan genom avtalet (»solo consensu»),[57] skyddas godtroende köpare av lös egendom, under förutsättning att han tagit egendomen i sin besittning, mot krav från en tidigare köpare av samma sak. Denna regel, som kommer till uttryck i art 1141 Code

[55] Mazeaud II:2 nrs 1532 ff. I klassisk doktrin hänvisade man beträffande godtroskravet till nedan berörda art 1141 Code civil, som medger att senare köpare vid dubbelförsäljning av lös egendom gör ett godtrosförvärv. Jfr ang denna fråga framställningen hos Vidal s 313 med not 3. Vouin tycks mena att man ändock gör en culpabedömning av förvärvarens handlande i bevisvärderingen. Se Vouin nrs 128–130 samt nr 170 vid not 90.

[56] Mazeaud II:1 nr 335, II:2 nrs 1481 ff samt 1497. Vid sidan av hävdereglerna finns en allmän teori om godtrosförvärv vid »erreur commune» (la théorie de la propriété apparente), som dock huvudsakligen tillämpas vid en persons död, t ex om man först efter det att ett arv fördelats upptäcker ett testamente med avvikande innehåll. Eftersom art 2279 skyddar godtroende förvärvare av lös egendom även i sådana situationer får denna teori huvudsakligen betydelse i fastighetsrätten. Se Mazeaud II:2 nrs 1404 ff.

[57] Art 711, 938, 1138 och 1583 Code civil. Se Mazeaud II:2 nrs 1616 f. Jfr II:1 nr 35.

civil, är enligt härskande uppfattning att se som ett specialfall av art 2279, alltså som ett fall av förvärv från annan än rätt ägare.[58]

Ifråga om fast egendom har fransk rätt emellertid här ett system som starkt erinrar om den tyska rättens regler. Trots att äganderätten anses övergå redan genom köpeavtalet kan köp av fast egendom ej göras gällande mot tredje man innan det inskrivits. Avgörande för företrädet mellan två köpare blir i enlighet härmed vem som först får sin rätt inskriven, och avseende fästes i princip ej vid god tro hos den senare köparen. Om den senare köparen först låter inskriva sin rätt får den förste köparen nöja sig med ett skadeståndskrav mot säljaren. Den senare köparens förvärv blir dock ogiltigt om han har gjort sig skyldig till svek (»fraude», »concert frauduleux»).

Sådant är rättsläget i princip. På den allra senaste tiden – genom ett rättsfall i högsta domstolen (Cour de cassation) 1968 – har man dock genom en tillämpning av art 1382 Code civil (den allmänna culparegeln i skadeståndsrätten) gjort också den senare köparen skadeståndsskyldig om han var i ond tro och till yttermera visso förpliktat honom att i skadestånd utgiva själva fastigheten, under förutsättning att han icke i sin tur överlåtit den till godtroende förvärvare. Genom dessa regler har man i praktiken tillskapat ett godtrosförvärv avseende fast egendom just för fall av dubbelförsäljning. Godtroende köpare – och hans successorer! – skyddas, men icke ondtroende.[59]

c) Köpares borgenärsskydd

Köpare av lös egendom är enligt fransk rätt skyddad mot säljarens borgenärer vid utmätning och konkurs redan genom avtalet. Något traditionskrav uppställes alltså icke. Detta anses vara en konsekvens av teorien om äganderättens övergång redan genom avtalet.[60]

I fastighetsrätten inräknas emellertid säljarens borgenärer i den kategori av

[58] Mazeaud II:2 nr 1623. Jfr hänvisningarna hos Vidal s 312 not 2. Vissa äldre författare såg i art 1141 ett uttryck för den i ancien droit härskande uppfattningen att äganderätten vid köp övergick på köparen först genom traditionen. I enlighet härmed menade man då att avtalet överförde äganderätten endast såvitt gällde förhållandet mellan parterna medan äganderättsövergång i förhållande till tredje man förutsatte tradition. Med en sådan inställning fick man emellertid svårigheter att förklara kravet på god tro i art 1141. Varför skulle den senare köparen avkrävas god tro rörande en tidigare försäljning om äganderätten övergick på köparen först genom traditionen? Problemet löstes genom att man, liksom i tysk doktrin, hänförde godtroskravet till förekomsten av äldre sakrätt, vilket i realiteten innebar abstraktion från det obligationsrättsliga förhållandet. Se t ex Hugueney s 54 f. Jfr Vidal s 311 ff. Ang godtroskravet i äldre tysk doktrin se Regelsberger §§ 27 och 28.

[59] Mazeaud III:1 nrs 697 och 727 med lectures s 686 ff. Jfr ang utvecklingen i praxis Vidal s 145 ff, 280 ff och 326 ff. Jfr ang tysk rätt ovan vid not 37 och not 52.

[60] Mazeaud II:2 nr 1624. Ang utvecklingen i äldre praxis se Vigneron s 52 f. Allmänt om utmätning och konkurs i fransk rätt hos Mazeaud II:1 nr 936.

tredje män, mot vilken en försäljning icke kan göras gällande utan att den följts av inskrivning. Köp av fast egendom blir därför skyddat mot säljarens borgenärer genom att köparen söker inskrivning av sitt fång innan säljarens konkursborgenärer söker inskrivning av ett »generellt hypotek» eller hans utmätningsborgenärer skaffar sig företräde genom inskrivning av s k »commandement valant saisie».[61]

d) Utvecklingen av reglerna om dubbelförsäljning av fast egendom

Redan under medeltiden utvecklades ur det feodala institutet »investiture seigneurale» (feodalherrens godkännande av en fastighetsförsäljning) i vissa provinser i norra Frankrike – de s k pays de nantissement – regler om inskrivning av fastighetsköp i ett offentligt register. Syftet med denna registrering ansågs snart vara att åstadkomma publicitet. Vid dubbelförsäljning fick den senare köparen företräde om han först registrerade sitt fång. En förutsättning härför var dock att han icke känt till den tidigare försäljningen.[62]

Försök gjordes att införa detta system i hela landet. Sålunda föreskrev Henrik III 1581 att bl a köp av fast egendom skulle inskrivas inom två månader, vid äventyr att senare köpare, som fått sin rätt inskriven, fick företräde. Det huvudsakliga syftet med dessa föreskrifter skall dock ha varit att kungen ville uppbära avgifter i samband med registreringen. Henrik III:s föreskrifter föll emellertid i glömska och senare försök under kungatiden, bl a 1673, att i samma syfte införa ett inskrivningsväsende stupade på adelns motstånd. Endast på ett område ledde kungamaktens strävan att införa ett inskrivningsväsende till framgång. Redan år 1539 infördes ett inskrivningssystem för gåvor (både för lös och fast egendom), s k »insinuation». Syftet härmed var främst att skydda arvingar och borgenärer, som kunde befara lättsinniga respektive bedrägliga gåvor från arvlåtare eller gäldenär. Utan inskrivning var en gåva icke giltig mot tredje man och det gjorde här ingen skillnad om tredje man kände till gåvan eller icke.[63] Svek (fraude) från den tredje mannens sida (t ex från senare köpare) ansåg man sig emellertid inte kunna godtaga.[64]

Vid tiden för franska revolutionen fanns alltså, utom beträffande gåvor, ett inskrivningsväsende endast i pays de nantissement. Ganska snart efter revolutionen organiserades emellertid ett allmänt inskrivningsväsende. Genom en lag år VII (1798) infördes krav på inskrivning av bl a köp (och gåva) av fast egendom. Följden av underlåten inskrivning var att köpet icke kunde göras gällande mot tredje man. För att gälla mot tredje man skulle gåva av fast egendom därefter

61 Mazeaud III:1 nrs 654, 682 och 740.
62 Mazeaud III:1 nr 648. Ang godtroskravet se t ex Flandin II s 48 och Vigneron s 76 f.
63 Mazeaud III:1 nr 649. Jfr Flandin II s 46 ff och Vigneron s 71 ff. Jfr nedan kap 6 vid not 45.
64 Mazeaud III:1 nr 650.

både registreras som gåva genom insinuation och inskrivas som äganderättsförvärv till fast egendom.[65]

Vid tillämpning av lagen år VII krävdes icke god tro av den senare köparen vid dubbelförsäljning. Detta avgjordes i ett rättsfall år XIII (1804), där domstolen menade att äganderätten i brist på inskrivning icke övergått till den förste köparen och att den senare köparen blott utnyttjat den fördel som lagen erbjöd. Dessutom framhölls att den förste köparen kunde skylla sig själv då han icke ådagalagt samma »diligence» (omsorg, vaksamhet, »vigilans») som sin konkurrent. Å andra sidan framgick tydligt av rättsfallet att utgången skulle ha blivit en annan om den senare köparen gjort sig skyldig till svek.[66]

Genom Code civil avskaffades det genom lagen år VII införda inskrivningstvånget för förvärv av äganderätt till fast egendom. Enligt principen om äganderättsövergång »solo consensu» kom därigenom tidpunkten för avtalet att bli allena avgörande för företrädet vid konkurrens mellan två köpare av fast egendom vid dubbelförsäljning. Kravet på registrering av gåvor behölls emellertid och man införde i Code civil ett uttryckligt stadgande – art 1071 – om att tredje mans eventuella kännedom om gåvan icke kunde ersätta registreringen.[67]

Först genom en lag år 1855 infördes åter krav på inskrivning av äganderättsförvärv till fast egendom. Genom denna lagstiftning gjordes fastighetsförsäljning overksam mot tredje man (eller rättare, vissa slags tredje män, bl a senare köpare) så länge inskrivning icke skett.[68] Någon klar ställning till godtrosfrågan tog man i detta sammanhang icke, vare sig i lagtexten eller motiven. Vissa omständigheter tyder dock på att man avsåg att behandla inskrivning av äganderättsförvärv till fast egendom på samma sätt som registrering av gåvor, d v s att god tro icke skulle krävas av senare köpare vid dubbelförsäljning.[69]

[65] Mazeaud ibid, Vigneron s 73 ff. Se ang svekprincipens utveckling Vidal s 55. – Den nya tideräkningen, som utgick från den 22 september 1792, infördes den 5 oktober 1793 och gällde till den 1 januari 1806.

[66] »Attendu qu'on ne peut pas accuser de fraude celui qui achète un immeuble qu'il avait pu savoir déjà vendu à un autre, tant que cette première vente n'est pas transcrite, et conséquemment qu'il n'y pas eu translation de propriété; car il n'y a pas fraude à profiter d'un avantage offert par la loi; et que c'est au premier acquéreur à s'imputer à lui-même s'il n'a pas usé d'une égale diligence pour faire transcrire son acte . . .». Se Flandin II s 50, Vigneron s 78 f.

[67] Mazeaud III:1 nr 651.

[68] Mazeaud III:1 nr 652.

[69] Ett uttalande i motiven om att den senare köparen icke skulle kunna åberopa tidigare inskrivning om han medverkat till svek (à moins que celui qui, le premier, a rempli cette formalité, n'eut participé à la fraude) har blivit föremål för olika tolkningar. Enligt Savatier, D.P. 1926.1.186, skulle man härav kunna dra slutsatsen att 1855 års lagstiftare utgått från att medverkan till svek skulle föreligga redan om den senare köparen känt till den tidigare försäljningen. Mot liknande tankegångar polemiserade dock redan Flandin, som dessutom åberopade andra motivuttalanden tydande på att man ville behandla inskrivning av äganderättsförvärv till fast egendom på samma sätt som registrering av gåvor. Se Flandin II s 49 f och s 52.

I doktrinen tolkades 1855 års lagstiftning – i anslutning till reglerna om registrering av gåvor – av en majoritet alltifrån början så att senare köpare vid dubbelförsäljning kunde åberopa tidigare ansökan om inskrivning även om han vid sitt förvärv känt till den tidigare försäljningen, blott han icke gjort sig skyldig till svek.[70] Ett visst stöd för denna uppfattning gavs också redan från början i rättspraxis, där senare köpare diskvalificerades om han ansågs ha gjort sig skyldig till svek. Något verkligt klargörande rättsfall, där ondtroende men ej svekfull köpare fick företräde framför äldre konkurrent, kom dock icke förrän 1925. Ända till dess hade man antingen ogiltigförklarat det senare köpet på grund av svek eller ansett den senare köparen ha varit i god tro.[71]

Det är intressant att se hur man motiverade att god tro icke skulle krävas enligt 1855 års lag. Här skall först redovisas ett uttalande av Flandin i en kommentar till lagen (De la transcription en matière hypothécaire, 1861).[72] Flandin hänvisade till vad som gällde beträffande insinuation av gåvor och motiverade sedan frånvaron av ett godtroskrav med två olika argument (närmast med avseende på gåvofallet). Dels menade han att ett godtroskrav skulle leda till otaliga tvister, där frågan om god tro förelegat skulle avgöras med stöd av opålitlig vittnesbevisning. Dels framhöll han att publicitetskravet tillkommit för att skydda tredje man, varvid han närmast torde ha tänkt på risken för simulerade rättshandlingar (gåvor).[73]

Senare har risken för tvister och osäkerhet i omsättningen också varit vad som åberopats mot ett krav på god tro. Medan åtminstone 1872 års preussiska lagmotiv åberopade risken för tvister om innebörden i godtroskravet (rättsfrågan), betonas dock i fransk rätt risken för tvister på grund av osäkerhet i bevisbedömningen. Som exempel kan nämnas ett rättsfall från 1893,[74] där domstolen uttalade att lagstiftaren genom kravet på inskrivning velat undvika tvister rörande förekomsten av god tro, och en doktorsavhandling från 1910 (av Hugueney). Hugueney menade att ett godtroskrav rörande tidigare försäljning skulle leda till talrika processer »ty den förste köparen kan alltid påstå att den

70 Se Flandin II s 46 med not.
71 Savatier D.P. 1926.1.185 ff. Jfr Vigneron s 89 ff samt Grouber nr 271.
72 S 46.
73 Jfr citatet av Pothier på s 47 f.
74 Req den 19 apr 1893, D. 93.1.419, återgivet hos Vidal s 282 not 3: »Le législateur en prescrivant des formalités de publicité a précisement voulu éviter les contestations qui n'auraient pas manqué de s'élever chaque fois sur la bonne ou la mauvaise foi des tiers; dans ce dessin il a créé, selon qu'il y a observation ou inobservation des formalités, une presomption de connaissance ou d'ignorance des actes dont la nature exclut toute preuve contraire.»

senare köparen haft kännedom om den första försäljningen».[75] Även i moderna läroböcker framställes risken för tvister som det huvudsakliga skälet till att god tro icke krävs. Mazeaud menar att denna risk är desto allvarligare som varje slags bevisning är tillåten och resultatet av tvisterna således blir slumpartat (!). Mazeaud betonar också att den förste köparen lätt kan skydda sig genom att själv söka inskrivning.[76]

Genom att god tro icke krävs av senare köpare i fastighetsrätten uppkommer en skillnad i förhållande till reglerna om dubbelförsäljning av lös egendom, där god tro krävs. Denna skillnad har utgjort utgångspunkt både för uppfattningen hos vissa författare att god tro bör krävas även i fastighetsrätten (t ex Savatier)[77] och för uppfattningen hos andra att god tro ej heller bör krävas i lösegendomsrätten (t ex förutnämnde Hugueney).[78] Dessa uppfattningar har dock ej haft framgång. – Men hur förklarar då den härskande falangen att man här har olika regler ifråga om lös och fast egendom? På denna fråga synes man icke ha något annat svar än att ett godtroskrav är främmande för varje »système de publicité».[79]

En betydelsefull fråga har varit tolkningen av begreppet svek. I äldre doktrin ansågs svek förutsätta en viss aktivitet från den senare köparens sida i syfte att beröva den förste köparen hans rätt.[80] I modern doktrin skall man emellertid ha blivit mera benägen att antaga förekomsten av svek redan när den senare köparen visats ha känt till den första försäljningen. Skillnaden mellan svek och ond tro skulle alltså ha suddats ut vid bevisbedömningen.[81] Representanter för en striktare tolkning av svekbegreppet saknas dock icke heller nu. Så anser t ex Mazeaud att svek föreligger endast om säljaren och den senare köparen redan vid

75 Hugueney s 37: »Se contenter . . . de la simple connaissance, c'est saper par la base la formalité de la transcription telle que l'a comprise le législateur: c'est enlever aux transactions immobilières la sécurité que la loi a voulu leur donner; c'est favoriser d'innombrables procès, puisqu'un premier acquéreur pourrait toujours prétendre qu'en fait le second acquéreur a eu connaissance de l'aliénation intervenue quoique non transcrite. Au contraire, le concert frauduleux de vendeur et de l'acquéreur sera le plus souvent impossible à établir, et devant cette difficulté de preuve viendront échouer les réclamations injustifiées.»

76 Mazeaud III:1 nr 727: »Deux raisons commandent cette solution: l'inopposabilité n'est une sanction efficace qu'à la condition d'interdire toute discussion sur la mentalité des tiers, discussions aux résultats d'autant plus aléatoires que la preuve de la mauvaise foi se fait par tous les moyens. On ne donne aux tiers une sécurité absolue qu'en fermant la porte à tout litige de cet ordre. D'autre part, l'acquéreur premier en date trouve dans la publicité un moyen facile de déjouer la mauvaise foi d'un second acquéreur éventuel: il lui suffit de publier son titre.» – Jfr Demogue s 76 f.

77 D.P. 1926.1.187. Jfr Grouber nr 268.

78 Hugueney s 55 f.

79 Planiol-Ripert III nr 650.

80 Grouber nr 270.

81 Vidal s 146 vid not 2 och s 429 vid not 2. Jfr ock s 287.

tiden för den första försäljningen planerat att beröva den förste köparen hans rätt.[82] – Rimligen måste tolkningen av svekbegreppet komma att påverkas av den nyligen antagna regeln om skadeståndsskyldighet även för ondtroende senare köpare. En sådan regel måste tala för en restriktivare tillämpning av svekregeln, i all synnerhet som den senare köparen kan bli skyldig att i skadestånd utgiva själva fastigheten. Huruvida svek förekommit har numera ingen betydelse för den senare köparen personligen, endast för hans successorer.

Ett visst intresse har också motiveringen för en särbehandling av svekfallen. Domstolarna har här endast hänvisat till en allmän princip: »fraus omnia corrumpit» (»la fraude fait exception à toutes les règles»), men doktrinen har icke nöjt sig med detta. Enighet tycks visserligen ha rått om att regeln grundar sig på en moralisk bedömning av den senare köparens handlingssätt, men olika uppfattningar har rått om den formella grunden för regeln. Enligt en uppfattning borde man häri se ett uttryck för regeln om återvinning i konkurs från svekfull förvärvare (»action paulienne»). Enligt en annan uppfattning skulle svekregeln ha grundats på art 1382 Code civil (den allmänna culparegeln), varvid man talat om skadeståndsskyldighet för medverkan till kontraktsbrott (»résponsabilité du tier complice de la violation d'une obligation contractuelle».[83] Tydligt är emellertid att man numera, såsom ovan utvecklats, i praxis skiljer mellan svek, som medför ogiltighet, och skadeståndsskyldighet på grund av art 1382.[84]

6. Dansk och norsk rätt

a) Förvärv från annan än rätt ägare

Vid köp av lös egendom från annan än rätt ägare är huvudregeln både i dansk och norsk rätt vindikation. Möjlighet till godtrosförvärv erkännes alltså icke. Vindikationsregeln grundas på flera särskilda stadganden i Danske Lov och Norske Lov, vilka tillämpas analogt i icke särskilt omnämnda fall. Ett undantag från vindikationsregeln utgör dock reglerna om godtrosförvärv av löpande skuldebrev. I doktrinen har också framförts önskemål om en exstinktionsregel, bl a när avbetalningsköpare obehörigen säljer avbetalningsgodset. Någon sådan regel har dock icke utvecklat sig utan i Danmark till och med avvisats av lagstiftaren.

Vindikationsregeln gör sig gällande också då säljarens fång är ogiltigt, t ex på grund av fångesmannens omyndighet. Här vill dock vissa författare numera medge exstinktion av »svagare» ogiltighetsanledningar, d v s lindrigt tvång, svek,

[82] Mazeaud III:1 nr 727 under b).
[83] Se t ex Vidal s 288 f med hänvisningar ang de olika förklaringsgrunderna. Jfr ovan ang art 1141. Jfr vidare Ripert nrs 166–172. Uttrycket »medverkan till kontraktsbrott» tycks ha lanserats av Hugueney. Se Vidal s 326 not 3.
[84] Se ovan vid not 59.

ocker m m, närmast med stöd i avtalslagens regler om skydd för godtroende medkontrahent i vissa sådana fall. Rättsläget anses osäkert.[85]

I fastighetsrätten förekommer däremot godtrosförvärv från annan än rätt ägare både i dansk och norsk rätt. Reglerna innebär i stort sett att den som dels i god tro köpt från inskriven ägare, dels själv sökt inskrivning, är skyddad mot rätt ägare utom i vissa fall, nämligen då överlåtarens fång tillkommit genom förfalskning, grovt tvång m m.[86]

Kravet att den godtroende förvärvaren skall ha sökt inskrivning finns uttalat i den danska lagen men icke i den norska. I norsk doktrin har dock antagits att ett sådant krav uppställes. Till stöd härför åberopas att ett sådant krav fanns med i tidigare utkast till lagtexten och att den ändring som sedan skedde icke grundades på att man ville ha bort kravet på inskrivning av godtrosförvärvarens fång utan på andra skäl.[87]

b) Dubbelförsäljning

Hur konflikten mellan en tidigare köpare och en senare godtroende köpare vid dubbelförsäljning av lös egendom skall lösas enligt dansk rätt anses icke fullt klart. I nyare rättspraxis skall dock en tendens göra sig gällande mot skydd för den senare köparen under förutsättning att han fått egendomen i sin besittning.[88] I norsk rätt synes läget vara detsamma.[89]

Ifråga om fastigheter är det enligt både dansk och norsk rätt fullkomligt klart att senare godtroende köpare vid dubbelförsäljning exstingverar den förste köparens rätt om han är i god tro och först söker inskrivning.[90]

Utformningen av godtroskravet är olika i dansk och norsk rätt. I dansk rätt diskvalificerar vetskap och grov vårdslöshet från godtrosförvärv. I norsk rätt diskvalificerar vanlig enkel culpa. – I båda länderna presumeras god tro föreligga.[91]

85 Se ang dansk rätt Illum s 203 ff, särskilt s 211, ang norsk rätt Braekhus-Haerem s 420 ff. Jfr SOU 1965:14 s 132 ff.

86 Ang dansk rätt se 27 § tinglysningsloven (1926) och Illum, Tinglysning s 239 ff, 276 ff och 298 ff. Ang norsk rätt se 27 och 35 §§ tinglysingsloven (1935), Harbek-Solem s 167 ff och 171 samt Braekhus-Haerem s 435 ff.

87 Braekhus-Haerem s 461.

88 Illum s 223 ff. Jfr SOU 1965:14 s 135.

89 Braekhus-Haerem s 434, 457, 461 ff, 471 och 473.

90 1 § danska tinglysningsloven, 20 och 21 §§ i den norska tinglysingsloven. Jfr ang äldre dansk och norsk inskrivningsrätt lagberedningen II 1908 s 604 ff.

91 Ang dansk rätt se 5 § tinglysningsloven samt Illum, Tinglysning s 267 ff. Ang norsk rätt se Braekhus-Haerem s 462 ff och Harbek-Solem s 140 ff.

c) Köpares borgenärsskydd

I dansk och norsk doktrin har oenigheten varit stor i frågan om tradition skall krävas för att köpare av lös sak skall vara skyddad mot säljarens borgenärer. Dansk praxis synes innebära att skydd inträder redan genom avtalet,[92] medan norsk praxis knappast ger något entydigt svar. Enligt Braekhus-Haerem svänger den i takt med doktrinen.[93]

Vid köp av fast egendom får köparen såväl enligt dansk som norsk rätt skydd mot säljarens borgenärer genom att han söker inskrivning av sitt fång.[94]

d) Abstraktionsprincipen i äldre dansk och norsk rätt

I dansk och norsk doktrin var det under senare delen av 1800-talet och början av 1900-talet en utbredd uppfattning att äganderätten vid köp övergick genom »overdragelseretshandel» respektive »overføringsrettshandel», medan partsavtalet endast ansågs förplikta parterna personligen. Denna teori, som naturligtvis var kalkerad på den tyska doktrinens lära om ett abstrakt sakrättsligt avtal, avsatte också spår i praxis. Numera är den dock helt övergiven.[95]

7. Svensk rätt

a) Förvärv från annan än rätt ägare

Vid tiden för 1734 års lag hade den germanska principen »Hand wahre Hand», som gällde i svensk rätt under slutet av medeltiden, utvecklats till det slag av godtrosförvärv som framträder i 11:4 och 12:4 HB.[96] Det förra lagrummet, vartill det senare hänvisar, lyder i relevanta delar:

»Säljer . . . någon, utan ägarens ja och samtycke, det han lånt haver; betale han det fullt till den, som lånet gav . . . Äge ock långivaren makt, att lösa det åter. Finnes svek hos den, som köpte . . . give det åter till ägaren utan lösen . . .»

12:4 HB ger motsvarande regel beträffande deponerat gods.

På grundval av dessa stadganden har svensk rätt utbildat regler som generellt ger köpare av lös sak möjlighet att vägra lämna ut egendomen till rätt ägare utan

92 Illum s 115 ff, särskilt s 118.

93 Braekhus-Haerem s 500 ff. Jfr Augdahl s 424. Augdahl tolkar rättspraxis så att borgenärsskydd föreligger om köparen har rätt att utfå egendomen omedelbart, däremot icke om säljaren har rätt till fortsatt besittning.

94 Ang dansk rätt se 1 § tinglysningsloven och Illum, Tinglysning s 239 ff samt Kruse II s 1074. Ang norsk rätt se Braekhus-Haerem s 517 och 520 samt Harbek-Solem s 146.

95 Se t ex Kruse II s 809 ff och Illum s 182 samt Braekhus-Haerem s 376 ff.

96 Se Anners, Hand wahre Hand s 331 ff samt Jägerskiöld s 121 och SOU 1965:14 s 19 ff. Jfr allmänt Björling, Exstinktiva fång, och Benckert, Exstinktiva förvärv.

lösen. Härvid krävs att köparen varit i god tro och att han fått egendomen i sin besittning. Köparen anses vara i god tro om han varken insett eller bort inse att säljaren ej var rätt ägare. En förutsättning för att god tro skall kunna föreligga är att säljaren på grund av egen besittning framstått som legitimerad att förfoga över egendomen. God tro presumeras föreligga.[97]

I fastighetsrätten skyddades den som köpt av annan än rätt ägare länge endast av regler om hävd efter lång tid. Genom den nya jordabalken har vi emellertid fått ett regelrätt godtrosförvärv även beträffande fast egendom. Undantag görs dock för fall av grov ogiltighet, såsom när säljarens fångeshandling är förfalskad.[98]

Som förutsättning för ett sådant godtrosförvärv uppställes, förutom kravet på god tro, endast krav på att säljaren skall ha haft lagfart vid överlåtelsen. Det krävs icke att köparen skall ha sökt eller fått lagfart, vilket kan förefalla en smula märkligt.[99] I motiven till jordabalken hänvisas på denna punkt till att den norska rätten icke uppställer något sådant krav och förklaras övervägande skäl tala för den norska lösningen.[100] Vad norsk rätt beträffar så har man emellertid såsom ovan nämnts i doktrinen ansett att ett krav på inskrivning även av godtrosförvärvet uppställes, även om detta icke kommer till uttryck i själva lagtexten.[101] Och vad de övervägande skälen beträffar, så får man icke i jordabalksmotiven reda på vilka dessa är.

Efter införandet av regler om omedelbart godtrosförvärv till fast egendom har de bevarade och utvidgade reglerna om hävd till fast egendom (16 kap JB) fått mindre praktisk betydelse.[102]

b) Dubbelförsäljning

I ännu gällande 1:5 HB i 1734 års lag stadgas, såvitt nu intresserar, följande:

»Säljer man tvem ett . . . den behålle godset, som först köpte.»

Den i stadgandet uttryckta regeln, att den förste köparen har företräde, gällde även i äldre svensk rätt.[103]

Olika meningar har framförts rörande frågan om 1734 års lagstiftare ansett detta lagrum tillämpligt även då den senare köparen i god tro fått egendomen i sin besittning.[104] Klart är emellertid att man, oavsett vad som ansågs 1734, snart utvecklade uppfattningen att den senare köparen i en sådan situation på

97 Se SOU 1965:14 s 55 ff och Undén I § 20.
98 18:1–4 JB.
99 18:1 JB. Icke dess mindre rubriceras 18 kapitlet »Godtrosförvärv på grund av inskrivning etc.»
100 Lagberedningen i SOU 1960:25 s 539 och 569. Jfr Prop 1970:20 B s 464.
101 Se ovan vid not 87.
102 Se härom Hessler, Nya Jordabalken s 33 f. Jfr Prop 1970:20 B s 424 f.
103 Se t ex Nehrman s 160.
104 Undén I s 117 f.

något sätt skulle vara skyddad. Redan i 1815 års förslag till HB förekom en bestämmelse därom, som sedan upprepades i 1826 och 1850 års förslag.[105] I motiven till 1815 års förslag framställdes den senare köparens förvärv vid dubbelförsäljning som ett specialfall av förvärv från annan än rätt ägare. Eftersom äganderätten övergick till den förste köparen redan genom avtalet var, menade man, säljaren vid den senare försäljningen närmast att se som en panthavare, som obehörigen disponerar över panten.[106]

Numera, sedan man övergivit tekniken att först fastställa en tidpunkt för äganderättens övergång och sedan draga slutsatser därav, ställer man dubbelförsäljning vid sidan av förvärv från annan än rätt ägare som en i viss mån artskild situation i en större grupp, där det ifråga om den disponerande föreligger någon form av kompetensbrist.[107] Gällande regler om senare köpares godtrosförvärv vid dubbelförsäljning av lös sak är också helt analoga med reglerna om förvärv från annan än rätt ägare.[108]

Även vid dubbelförsäljning av fast egendom har den senare köparen möjlighet att slå ut sin konkurrent. Regler härom finns i 17 kapitlet JB. Dessa regler innebär i korthet att den senare köparen får företräde om han var i god tro vid sitt förvärv och söker inskrivning före den förste köparen. Lagen använder här icke termen godtrosförvärv utan talar om »företräde på grund av inskrivning».[109]

c) Köpares borgenärsskydd

Enligt svensk rätt är köp av lös sak inte gällande mot säljarens borgenärer vid utmätning eller konkurs med mindre saken kommit i köparens besittning. I sin effektivitet är detta traditionskrav bland här behandlade rättssystem unikt. Varje form av constitutum possessorium är nämligen bannlyst. Traditionskravet grundas huvudsakligen på en strävan att skydda borgenärerna mot bedrägerier.[110] Utvecklingen därav har mera haft stöd i 1845 års lösöreköpsförordning än i föreställningar om äganderättens övergång genom traditionen.[110a]

Vid köp av fast egendom ger emellertid redan avtalet köparen skydd mot säljarens borgenärer. Någon motsvarighet till traditionskravet finns alltså inte

105 1:8 HB i 1815 och 1826 års förslag, 1:17 i 1850 års förslag.
106 Motiven till 1815 års förslag till HB s 11.
107 SOU 1965:14 s 15.
108 SOU 1965:14 s 81–107.
109 Se kapitelrubriken. Jfr nedan kapitel 9 vid not 41.
110 Se t ex Undén I §§ 9 och 17, Hessler s 235 ff. I rättspraxis särskilt NJA 1949 s 164.
110a Se särskilt NJA 1925 s 130, varigenom klarlades att köpare av lös egendom icke är skyddad mot säljarens borgenärer utan tradition eller åtgärder enligt lösöreköpsförordningen, även om det är på hans egen begäran som godset kvarlämnats hos säljaren. – Vid lösöreköpsförordningens tillkomst spelade dock föreställningar om äganderättens övergång genom traditionen en viss roll, se Bergman s 121, 125 och 130. Jfr Fehr, Två spörsmål s 9–18.

här. Före den nya jordabalken var läget dock det att fastighetsförsäljning visserligen gällde mot fastighetssäljarens konkursborgenärer redan genom avtalet men att skydd mot utmätningsborgenärer inträdde först genom att köparen sökte lagfart. Kravet på lagfartsansökan som villkor för skydd mot utmätningsborgenärer togs bort med motiveringen att det var »ålderdomligt», ett något förvånande argument.[111]

d) Tendenser till abstraktion i svensk rätt

I 1734 års lag, som byggde på äldre rätt (Svealagarna och rikslagarna),[112] fanns ett stadgande i 4:4 JB, som innebar att den förste köparen hade företräde vid dubbelförsäljning av fast egendom (jfr 1:5 HB). Stadgandet upphävdes genom förutnämnda förordning 1845, vars 1 § löd:

»Öfwerlåter någon eganderätt till fast egendom, den han förut till annan öfwerlåtit; gälle den öfwerlåtelse, derå, med företeende af laga åtkomsthandlingar, lagfart först sökes. . .»[113]

I motiven talade man om den »fullt rättsenliga grundsatts, att, om någon öfverlåter samma fastighet åt tvänne, skall den öfverlåtelse gälla, derå lagfart först sker».[114] Senare spridda försök att häri se ett uttryck för det absoluta sakrättsbegreppet och abstraktionsprincipen har av allt att döma varit ogrundade.[115] Klart är att förordningen under 1850-talet kom att tillämpas så att den senare köparen icke kunde åberopa sitt förvärv om han varit i ond tro. I ett rättsfall 1856[116] krävde högsta domstolen, i likhet med underinstanserna, god tro av den senare köparen. Den härvid uttryckta principen bekräftades – ehuru under dissens – i två rättsfall under 1870-talet. I NJA 1874 s 325 ogiltigförklarade högsta domstolens majoritet det senare köpet med motiveringen att det var uppenbart att den senare köparen handlat emot god tro. En domare, justitierådet Quensel, kom till samma resultat med motiveringen att den senare köparen på grund om omständigheterna vid köpet var skyldig att ersätta den förste köparens skada och att dylikt skadestånd ej lämpligare kunde utgöras än genom återgång av det senare köpet. Härjämte uttalade Quensel dock särskilt att hinder ej mötte

111 Hessler s 247 ff och 262 f med hänvisningar. Hessler är kritisk mot lagändringen. Jfr § 29 b konkurslagen, enligt vilken avhändelse av fast egendom i samband med återvinning ej anses ha ägt rum förrän lagfart sökts.

112 Nordling s 5 f.

113 Förordningen, som avlöstes av 1875 års lagfartsförordning (§ 12), var i lagboken införd under 16:16 JB. Jfr 3:8 i 1815 års förslag till JB. Jfr ovan kap 3 vid not 83.

114 Lagutskottet i utl 1844:11 s 7.

115 I mitten av 1840-talet var abstraktionsprincipen ännu outvecklad i tysk rätt, åtminstone beträffande äganderättsförvärv. Inskrivning av äganderättsförvärv förekom vid denna tid inte i fransk rätt. Jfr motiven till 1847 års förslag till JB, där man uttalade att »sakrätt» vid köp av fast egendom förvärvades redan genom avtalet, se motiven s 77.

116 Dom den 14 juli 1856, refererad i SJA nr 30 s 128 ff.

för tredje man att göra gällande den rätt i egendomen som kunde härledas från den senare köparen.[117] En dissident slutligen, justitierådet Wretman, kom (i likhet med en dissident i hovrätten) till motsatt slut på den grund att den senare köparens kännedom om den tidigare försäljningen icke kunde – emot stadgandet i 1 § 1845 års förordning – föranleda ogiltighet av det senare köpet. Även i det andra rättsfallet – NJA 1875 s 348 – ogiltigförklarades det senare köpet på grund av ond tro medan en minoritet, justitieråden Almqvist och Wretman, ansåg ond tro icke leda till det senare köpets ogiltighet. Av allt att döma ville Almqvist och Wretman göra äganderättsförvärvet abstrakt i enlighet med samtida tysk och fransk teori.

Vidare kan från litteraturen noteras att Humbla år 1866 tog avstånd från ett krav på god tro hos senare köpare vid dubbelförsäljning av fast egendom.[118]

Av betydande intresse är här också den förut berörda striden om sakrättsbegreppet under förarbetena till 1875 års inskrivningslagstiftning, ehuru frågan om god tro skulle krävas av senare köpare vid dubbelförsäljning då icke särskilt uppmärksammades. Mycket tyder på att 1867 års kommittéförslag, vari talades om offentliggörande som villkor för förvärvandet av all sakrätt i fast egendom, trots vissa uttalanden om skydd för godtroende förvärvare, var avsett att frigöra eller abstrahera det sakrättsliga förvärvet från partsavtalet.[119] Under riksdagsbehandlingen av det av lagbyrån framlagda förslaget, som sedan ledde till lagstiftning, förekom ingenting som kunde tyda på försök att kombinera den absoluta sakrättsuppfattningen med ett krav på god tro hos senare köpare vid dubbelförsäljning.[120] Godtrosfrågan diskuterades överhuvudtaget inte i det sammanhanget, vilket egentligen är ganska egendomligt, eftersom frågan samtidigt var aktuell i rättstillämpningen. Möjligen kan frånvaron av intresse för godtrosfrågan förklaras så, att man ansåg att en lösning av denna var given, så snart man bestämt sig för det ena eller det andra sakrättsbegreppet. Mot en sådan förklaring talar å andra sidan den omständigheten, att diskussionen om godtroskravet var högaktuell i tysk och fransk doktrin, och den omständigheten att godtrosfrågan faktiskt berördes i motiven till 48 § inteckningsförordningen, som gällde konkurrens mellan nyttjanderättshavare och ny ägare.[121]

Segern för det relativa sakrättsbegreppet och därmed för kravet på god tro vid dubbelförsäljning var säkerligen en betydelsefull händelse i svensk rättshistoria. En seger för det nu avvisade absoluta sakrättsbegreppet skulle ha öppnat vägen

117 Jfr ang tysk och fransk rätt ovan vid not 37 och not 59.
118 Humbla s 21–23. Jfr Björling, Exstinktiva fång s 14 not 1.
119 Ett uttalande av Nordling, s 99 not 1, tyder på att företrädarna för det absoluta sakrättsbegreppet förutsatte att god tro icke skulle krävas av den senare köparen vid dubbelförsäljning: »Då motståndarne till de hos oss antagna reglerna om företräde mellan flere som köpt af samme person påbörda dem bristande följdriktighet, förutsätta de, att god tro hos den senare köparen ej efterfrågas. . .»
120 Jfr ovan kapitel 3 not 79 ff.
121 Jfr nedan kapitel 7 vid not 162 ff.

för en mer eller mindre fullständig reception av läran om det abstrakta sakrättsliga avtalet i svensk rätt. Därifrån klarade vi oss undan, om än, såsom vi senare skall se, med principen »köp bryter lega» som ett lik i lasten.[122]

Ifråga om köp av lös egendom har jag icke kunnat finna något uttryck för abstraktionsprincipen i rättspraxis. Från litteraturen kan noteras bl a en diskussion om äganderättens övergång genom avtal eller tradition i Naumanns Tidskrift 1867,[123] där ingen synes ha förespråkat abstraktionsprincipen, och Fehrs uppsats om äganderättens övergång (1913), där det ej tycks vara tal om abstraktion.[124] Den ende som klart uttalat sympatier för ett abstrakt äganderättsförvärv vid köp av lös egendom synes vara Sjögren i en uppsats om fiduciariska lösöreköp i TfR 1914.[125]

8. Sammanfattning och slutsatser

Vid äganderättsförvärv är det två juridiska problem som träder i förgrunden. Det ena är hur man skall tillgodose förvärvarens behov av säkerhet mot dold konkurrens med rätt ägare eller tidigare förvärvare. Det andra är hur man skall förhindra att gäldenärer till förfång för sina borgenärer överlåter egendom i syfte att undandraga denna från exekution.

I tysk rätt har man sökt lösa dessa problem genom att förvärvet av äganderätt (tredjemansskyddad rätt, sakrätt) anknutits till besittningstagande eller inskrivning. Samtidigt har man emellertid motarbetat sina egna syften genom att icke göra traditionskravet effektivt, i det att constitutum possessorium godtagits. I princip är i modern tysk rätt – i motsats till vad som var fallet i den preussiska rätten – äganderättsförvärv såväl beträffande lös som fast egendom abstrakta, dvs oberoende av om det föreligger ett giltigt obligationsrättsligt avtal, vilket bl a leder till att senare köpare vid dubbelförsäljning icke avkräves god tro. Teoretiskt grundas detta på läran om det abstrakta sakrättsliga avtalet. I doktrinen har dock meningarna varit delade om abstraktionens värde. I praxis tycks den åtminstone delvis ha kringgåtts genom en generös inställning till undantagsregler och en extensiv tillämpning av regler om skadestånd vid kollusion (§ 826 BGB). Skadeståndsreglerna tillämpas så att den senare köparen vid dubbelförsäljning på grund av ond tro kan förpliktas utgiva själva egendomen in specie till den förste köparen.

I övriga här behandlade rättsordningar har samma problem lösts på mindre dogmatiskt sätt, dvs utan samma starka anknytning till föreställningar om tidpunkten för äganderättens övergång vid köp, men samtidigt också mindre konsekvent och med stora inbördes variationer.

Den franska rätten, där köpare anses förvärva äganderätt redan genom avtalet, erbjuder möjlighet till godtrosförvärv från annan än rätt ägare ifråga om lös

122 Jfr nedan kapitel 7 vid not 188 ff.
123 s 235 ff, 412 ff, 625 ff och 753 ff, särskilt s 756. Jfr t ex ur praxis NJA 1889 s 504 ang dubbelförsäljning av gröda.
124 Se s 29 ff med hänvisningar.
125 s 284. Jfr Bergman s 26 ff.

egendom men ej i fastighetsrätten. Vid dubbelförsäljning har senare köpare av lös egendom möjlighet till godtrosförvärv medan abstraktionsprincipen kommit att behärska fastighetsrätten. Ett krav på god tro hos senare köpare vid dubbelförsäljning av fast egendom har dock, ungefär som i tysk rätt, uppställts dels genom en extensiv tillämpning av svekregler (= kollusionsregler), dels genom att ondtroende senare köpare anses skadeståndsskyldig och förpliktas att såsom skadestånd utgiva egendomen in natura. Följden har blivit ett skydd för godtroende senare köpare och senare köpares godtroende successorer, samtidigt som ondtroende köpare och hans ondtroende successorer trots abstraktionen förpliktas utgiva fastigheten till den förste köparen. Ifråga om lös egendom förvärvar köpare skydd mot säljarens borgenärer redan genom avtalet, medan inskrivning krävs i fastighetsrätten.

I dansk och norsk rätt är möjligheterna till godtrosförvärv genom inskrivning väl utbildade i fastighetsrätten medan besittningstagande i god tro icke har samma betydelse i lösegendomsrätten. Framför allt erkännes icke möjlighet till godtrosförvärv från annan än rätt ägare till lös egendom. Skydd mot säljarens borgenärer förvärvar fastighetsköpare först genom inskrivning men lösegendomsköpare redan genom avtalet. Den äldre rättens svaghet för läran om det abstrakta sakrättsliga avtalet har numera helt övervunnits. Problemet med äganderättens övergång vid köp anses huvudsakligen identiskt med frågan om köparens rättsskydd mot tredje man i här behandlade situationer.

I svensk rätt, där samma uppfattning råder om problemet med äganderättens övergång vid köp, är möjligheterna till godtrosförvärv genom besittningstagande väl etablerade i lösegendomsrätten och vid dubbeldispositioner – genom inskrivning – även i fastighetsrätten. Nyligen har också införts möjlighet till godtrosförvärv av fast egendom från annan än rätt ägare, dock utan krav på inskrivning av godtrosförvärvet. Ifråga om borgenärsskyddet är också den svenska rätten inkonsekvent. Samtidigt som här uppställes ett från internationell synpunkt i sin effektivitet unikt krav på tradition för att köpare av lös egendom skall vara skyddad mot säljarens borgenärer, ges köpare av fast egendom skydd redan genom avtalet. Vissa tendenser till abstraktion av äganderättsförvärv till fast egendom under 1860-talet och början av 1870-talet stäcktes effektivt genom 1875 års inskrivningslagstiftning. Ifråga om äganderättsförvärv till lös egendom synes endast Sjögren (1914) ha uttalat sig för abstraktion.

Det är alltså tydligt att begreppen sakrätt och obligatorisk rätt, ehuru i olika grad i skilda länder, kommit till användning för att uttrycka regler till skydd mot dold konkurrens och borgenärsbedrägerier. Genom att förvärv av »äganderätt» eller »sakrätt» vid köp knutits till traditionen eller inskrivningen istället för avtalet, har man tillgodosett behovet av säkerhet i rättslivet i olika hänseenden.

Det sist sagda utgör, kan man säga, halva resultatet av genomgången i detta kapitel. Den andra halvan utgör de bidrag till förståelsen av abstraktionsprincipen som här lämnats. En samlad värdering av denna princip skall företagas först i slutet av nästa kapitel, ty abstraktionsprincipen har stark anknytning också till utvecklingen av reglerna om panträttsförvärv.

KAPITEL 6. FÖRVÄRV AV PANTRÄTT – PANTFÖRSKRIVNINGENS VERKAN MOT YNGRE PANTBORGENÄR OCH NY ÄGARE

1. Inledning

Såsom angivits redan i inledningen till föregående kapitel är syftet med dessa båda kapitel dels att visa hur man – särskilt i tysk rätt – inordnat regler om skydd för förvärvare mot dold konkurrens och borgenärer mot bedrägerier i ett system med förvärv av »sakrätt» i betydelsen »tredjemansskyddad rätt» genom besittningstagande och inskrivning, dels att ge ett underlag för bedömande av abstraktionsprincipen. Föregående kapitel har handlat om äganderättsförvärv, detta skall behandla förvärv av panträtt.

Intresset inriktas här på verkan av en pantförskrivning vid konkurrens med yngre pantborgenär, dvs en borgenär med senare pantförskrivning, som tagit egendomen i sin besittning eller fått sin rätt inskriven, samt pantförskrivningens verkan mot ny ägare. Problemen är alltså här formulerade enbart utifrån den äldre konkurrentens synvinkel. Framställningen begränsas till pantsättning av lös sak genom tradition och pantsättning av fast egendom genom inskrivning. Kapitlet avslutas med en diskussion av abstraktionsprincipen.

2. Romersk rätt och äldre germansk rätt

I den romerska rätten[1] utvecklades panträttsbegreppet ur ett bruk att överlåta till säkerhet för fordran. Vid sidan av säkerhetsöverlåtelsen (fiducia) utvecklades dels en panträtt med besittning (pignus), dels en panträtt utan besittning (hypotheca), som var en ren avtalspant. Skillnaden mellan dessa båda panttyper var dock icke så stor som man skulle kunna föreställa sig. Något traditionskrav i strikt mening uppställdes nämligen icke vid pignus. Visserligen var tradition nödvändig – pignus var ett »realavtal» – men det var ingenting som hindrade att borgenären efter traditionen återlämnade egendomen till pantsättaren, eventuellt under nyttjanderätt. Så skedde också i stor utsträckning i praktiken. Härmed sammanhängde att traditionskravets syfte främst var att till pantborgenärens bekvämlighet underlätta bevisning om upplåtelsen och verkställighet i händelse av gäldenärens tredska. Någon »publicitet» i syfte att skydda tredje man mot dold konkurrens var det alltså inte fråga om. Överhuvudtaget intresserade man sig mera för borgenärens trygghet i relation till gäldenären och borgenärens möjlighet till exekution än för säkerheten i förhållande till tredje man. Fråga var, har man menat, i den romerska rätten mera om personalkredit än om realkredit i

[1] Schwind §§ 69 ff (ifr ang konkurs s 126), Kaser I § 110, Hromadka s 12 ff.

modern mening.[2] Icke minst gällde detta vid hypotek, som kunde avse gäldenärens hela förmögenhet (generell pantförskrivning, generalhypotek), såväl lös som fast egendom.

Panträtt medförde förmånsrätt såtillvida som äldre upplåtelse gick före yngre. Principen var: »prior tempore, potior iure». Vissa slag av fordringar var dock förmånsberättigade framför avtalad panträtt i gäldenärens konkurs (legala pant- eller förmånsrätter). Legal pant- eller förmånsrätt kunde gälla antingen i viss bestämd egendom eller i gäldenärens hela förmögenhet. Ett exempel på det förra utgjorde den förmånsrätt som tillkom krav på återbetalning av lån till uppförande av byggnad. Sådana fordringar hade förmånsrätt i byggnaden framför avtalad panträtt. Ett exempel på legal pant- eller förmånsrätt i gäldenärens hela förmögenhet utgjorde myndlings panträtt i förmyndarens egendom till säkerhet för krav på redovisning.

Risken för antedatering av pantavtal resulterade så småningom i bestämmelser om förmånsrätt för »pignus publicus» och »hypotheca publica», varmed avsågs panträtt enligt avtal inför offentlig myndighet, och »pignus quasi publicus» respektive »hypotheca quasi publica», dvs skriftlig pantsättning med tre eller två vittnen. Sådan panträtt fick förmånsrätt framför tyst panträtt genom en förordning av kejsar Leo år 472.[3]

Även i äldre germansk rätt[4] växte panträtten fram ur bruket att till säkerhet för fordran överlåta egendom med äganderätt. Till en början kände man endast panträtt med besittning (Gewere), s k ältere Satzung. Senare utvecklades emellertid också en panträtt utan besittning, s k jüngere Satzung. Sistnämnda panträttsform var dock icke en ren avtalspant. Pantavtalet skulle ingås inför domstol och intagas i dess protokoll.

Även i den äldre germanska rätten anses kraven på viss form ha varit avsedda att säkerställa bevisning och exekution snarare än att göra panträtten synlig för tredje man. Det var icke vanligt att en gäldenär hade flera borgenärer eller att egendom var pantsatt överhuvudtaget. Särskilt framträdande synes exekutionsaspekten ha varit då enligt jüngere Satzung gäldenärens hela förmögenhet pantsattes.[5]

3. Preussisk rätt[6]

I samband med den allmänna receptionen av romersk rätt i Tyskland under 1400- och 1500-talen trängde även den romerska rättens regler om panträtt in i den tyska rätten. Härvid uppkom starka motsättningar mellan det romerska

2 Se särskilt Hromadka s 24 f. Jfr Mazeaud III:1 nr 227.
3 Hedemann 2:2 s 210.
4 Hromadka s 25 ff, Weyermann s 4 ff, Gierke II § 155, Hedemann 2:2 s 193 ff.
5 Gierke II s 824, Hedemann 2:2 s 207 not 31. Jfr sammanblandningen i fransk rätt mellan panträtt och personlig betalningsskyldighet för gäldenären, Hedemann 2:2 s 67 f och nedan vid not 42.
6 Se allmänt Hedemann 2:2 §§ 11–13 och 16.

systemet med tysta pantsättningar och det germanska systemet med inskrivning av panträtt i domstolens protokoll. I usus modernus förekom under 1600- och 1700-talen ändlösa kontroverser om förhållandet mellan tysta romerska panträtter och inskrivna panträtter av germansk typ.[7]

Juristernas intresse för ämnet var i hög grad grundat på praktiska behov. Särskilt under 1700-talet skapade frigörelsen från feodalsamhällets fastighetsrättsliga bindningar och den tilltagande penninghushållningen behov av ett fungerande kreditväsende, framför allt ifråga om fast egendom. Ett sådant skulle, ansåg man, kännetecknas av »publicitet» (dvs bort med de tysta hypoteken), »specialitet» (dvs bort med de generella pantförskrivningarna) och »prioritet» (dvs bort med de legala pant- och förmånsrätterna).[8] Kravet på publicitet torde ha varit en av faktorerna bakom utvecklingen av läran om rättsförvärv genom titulus och modus. Härigenom degraderades de romerska hypoteken till blotta panttitlar, som saknade verkan mot i varje fall godtroende förvärvare av konkurrerande rättigheter.[9]

I Preussen, som var det ledande landet i den tyska kretsen, förekom ansatser till bildandet av särskilda inskrivningsböcker redan under senare delen av 1600-talet.[10] Principiellt betydelsefull var 1722 års hypoteksordning, där man föreskrev krav på tradition vid pantsättning av lös egendom och krav på inskrivning vid pantsättning av fast egendom.[11] Det dröjde emellertid ända till mitten av 1800-talet innan upplåggandet av fungerande hypoteksböcker hade genomförts i praktiken. Man hade underskattat de praktiska problemen, föranledda bl a av den långtgående splittringen i jordäganderätten. Motstånd mot kraven på publicitet, specialitet och prioritet förekom också från dem som försvarade det romerska systemet.[12] Först under förra hälften av 1800-talet blev kampen mot de tysta romerska hypoteken verkligt effektiv.[13]

Under 1600-talet synes strävandena efter ett inskrivningssystem främst ha grundats på fiskaliska intressen. Man ville skaffa statskassan inkomster genom inskrivningsavgifter.[14] Snart nog blev emellertid problemen med säkerheten i

7 Hedemann 2:2 s 207 f och 210 ff.

8 Hedemann 2:2 s 21 m fl st (jfr ifrågavarande slagord i Hedemanns sakregister).

9 Se ang utvecklingen av godtrosskyddet Hedemann 2:2 s 203 ff och 218 ff. Jfr ovan kap 3 vid not 21 ff. Ang de romerska hypotekens degradering till »panttitlar», jfr Hedemann 2:2 s 237.

10 Se t ex Weyermann s 13 ff.

11 Jfr Hromadka s 51.

12 Jfr Hedemann 2:2 s 290: I Österrike åberopades 1754 mot avskaffande av de romerska hypoteken att gäldenärer genom inskrivningstvånget skulle förledas att glömma tro och heder, ära och rykte och inte längre låta sig angeläget vara att betala sina skulder utan istället hänvisa sina borgenärer till den häftande egendomen (fastigheten). Även omsorg om de intressen som de romerska legala pant- och förmånsrätterna skulle tillgodose, t ex myndlings redovisningskrav, hindrade undertryckandet av det romerska systemet. Jfr bibehållandet av dessa förmånsrätter framför fastighetspant i Code civil, se Hedemann 2:2 s 80 f.

13 Hedemann 2:2 s 22 f, 221 ff och 237.

14 Se Weyermann s 13.

omsättningen och kreditgivningen dominerande. Man ville minska antalet långvariga och invecklade processer mellan panthavare och köpare eller mellan panthavare inbördes.[15] Under 1800-talet blev strävandena efter säkerhet och smidighet i omsättning och kreditgivning alltmer markerade, särskilt beträffande fast egendom. Man ville skapa ett väl fungerande fastighetshypotek med den klart deklarerade avsikten att säkerställa jordbrukets kapitalförsörjning. Härunder utvecklades det »abstrakta» hypoteket (Grundschuld), vars abstraktion bestod i att det icke var accessoriskt till en fordran, samt ägarhypoteket. Denna utveckling hade – såsom berörts redan i föregående kapitel – sin betydelsefulla del i genombrottet för läran om det abstrakta sakrättsliga avtalet i och med 1872 års preussiska inskrivningslagstiftning.[16]

Som resultat av konkurrensen mellan de tysta romerska hypoteken och inskrivna panträtter enligt germanskt bruk utvecklades regeln att *inskrivna panträtter inbördes hade förmånsrätt från tidpunkten för inskrivningen* utan hänsyn till tiden för pantförskrivningen.[17] Egentligen torde man kunna säga att denna regel går tillbaka på de romerska hypotheca publica och alltså härstammar från 400-talet.[18] I Tyskland hade en liknande ordning utbildats i Sachsen redan på 1500-talet. I sachsisk lagstiftning från år 1572 gavs inskriven panträtt generellt förmånsrätt framför hypotheca quasi publica (dvs pantsättning med vittnen), som i sin tur generellt gavs förmånsrätt framför oprioriterade borgenärer.[19] I litteraturen kompletterades på vissa håll detta system med en särskild klass för de legala förmånsrätterna, som sattes omedelbart efter inskriven panträtt. Samtidigt sattes tysta hypotek av romersk typ efter hypotheca quasi publica men före oprioriterade borgenärer. På så sätt fick man en förmånsrättsordning med fem klasser: inskrivna panträtter (hypotheca publica), legala förmånsrätter, hypotheca quasi publica, tysta hypotek i allmänhet och sist oprioriterade borgenärer.[20] Regeln om förmånsrätt för inskriven panträtt från tidpunkten för inskrivningen betraktades då som en tillämpning av den romerska principen »prior tempore, potior iure».[21]

Sådana system inspirerade den preussiske lagstiftaren år 1722. Hypoteksordningen av detta år gav generellt inskriven panträtt företräde framför tyst. Vid

15 Jfr Weyermann s 13 f, 17 f och 134 f. På sistnämnda ställe citerar Weyermann Svarez' motiv till 1783 års preussiska hypoteksordning: »Der Mangel deutlicher und bestimmter Vorschriften über die Verwaltung des Hypothekenwesens ist bisher mit eine Quelle häufiger Prozesse gewesen, wodurch die Sicherheit des Eigentums und der Kredit des Gutsbesitzers sehr gelitten hat; ich habe daher eine neue allgemeine Hypothekenordnung entwerfen lassen und submittire solche zu Alleröchster gefälliger Vollziehung.» – Se ock Hromadka s 51 och 56 samt Hedemann 2:2 s 290.

16 Hedemann 2:2 §§ 11–13 och ovan kap 5 vid not 26.

17 Jfr Brandt s 289.

18 Jfr ovan vid not 3.

19 Hedemann 2:2 s 214 f.

20 Hedemann 2:2 ibid.

21 Se t ex Jägerskiöld s 376. Så även i modern tysk rätt, se t ex Baur § 17 A II 1.

inbördes konkurrens gavs inom varje klass företräde efter ålder, dvs från inskrivning respektive avtal.[22] Närmaste föredöme synes härvid ha varit en förordning av år 1603 från Hamburg, där ett liknande system praktiserades.[23] Regeln om förmånsrätt räknat från inskrivningen upptogs också i 1783 års preussiska hypoteksordning, som avlöstes av 1872 års inskrivningslagstiftning.[24]

Det kan ha sitt intresse att se hur man under 1800-talet motiverade regeln att förmånsrätten för inskrivna panträtter skulle bedömas uteslutande med hänsyn till tidpunkten för inskrivningen och alltså oberoende av vid vilken tidpunkt pantförskrivningen skett. Låt oss se hur detta motiverades av t ex Bornemann 1836 och Ziebarth 1866.

Bornemann[25] menade att den som senare förvärvar en panttitel och först söker inskrivning aldrig kan diskvalificeras på grund av ond tro, eftersom det är »durchaus ungewiss» om och när den som tidigare förvärvat en panttitel till samma egendom kommer att söka inskrivning. Även om den senare panttiteln förvärvats med kännedom om den förra, skulle den inskrivningssökande borgenären därför vara berättigad att utgå från, att den andre nöjer sig med en personlig fordran mot gäldenären och inte tänker göra bruk av sin befogenhet att söka inskrivning.

22 Weyermann s 22.

23 Weyermann s 17 ff, särskilt s 18 och 20.

24 Titel 2, § 30 i 1783 års hypoteksordning. Jfr referatet av det nedan behandlade rättsfallet 1843 s 34. 17 och 34 §§ i 1872 års Gesetz über den Eigenthumserwerb etc.

25 Bornemann IV s 248: »Denn ob und wann der Berechtigte die Eintragung eines accessorischen Hypothekenrechts nachsuchen wird, ist durchaus ungewiss, und eben desswegen kann demjenigen, der einen späteren Titel zur Eintragung erlangt, diese aber früher nachgesucht hat, niemals entgegengesetzt werden, dass er mala fide in den Rechtskreis des Anderen eingegriffen, und sich durch eine unsittliche Handlung ein Vorrecht verschafft habe. Wenn ihm auch der frühere Titel des Anderen bekannt war, so konnte er dessenungeachtet annehmen, dass der Andere von seiner Befugniss noch keinen Gebrauch machen, sich vielmehr vorläufig mit dem persönlichen Anspruch begnügen wollte.»

Ziebarth,[26] som uttalade sig mera allmänt utan sikte just på denna konkurrenssituation, förde ett liknande resonemang: En pantförskrivning är icke till för att uppfylla obligationen utan blott för att säkerställa den. Vad borgenären vill ha är därför icke en pant, utan en möjlighet att efter behag skaffa sig en pant. En sådan rätt kan tredje man inte inkräkta på. Tredje man kan utgå från att borgenärens fordran kommer att betalas i pengar och att denne tills vidare inte velat »binda saken».

Även vid denna tid synes alltså pantsättningen ha betraktats mera som ett säkerställande av borgenären gentemot gäldenären (exekutionssynpunkten) än som ett säkerställande mot tredje man. Fråga var fortfarande snarare om personalkredit än om realkredit i modern mening.

Vad sedan beträffar *konkurrens mellan en pantförskrivning och senare överlåtelse* av egendomen, så medförde till en början läran om titulus och modus och det därmed förbundna begreppet ius ad rem att äganderättsförvärvare enligt preussisk rätt måste respektera borgenärens panttitel, om han haft kännedom därom. ALR gav – enligt den till en början härskande tolkningen – pantborgenären ius ad rem, likaväl som en köpare eller en nyttjanderättshavare fick ius ad rem. Som möjlig titulus räknades vid förvärv av panträtt icke blott avtal utan även en dom eller, vid tvångspanträtt, en lagbestämmelse, nämligen den lagbestämmelse som gav tvångspanträtt.[27]

[26] Ziebarth s 306 f: »Die wichtigste Besonderheit des Pfandrechts ist, dass es nicht als Recht zur Sache anerkannt ist. Allerdings hat der Pfandgläubiger Realexekution auf Herstellung des absoluten Elements, also einstweilen relativ besseres Recht als der Verpfänder und dies müsste nach der allgemeinen Regel auch gegen jeden unredlichen Successor gelten, wenn nicht das Pfandrecht eine ganz singuläre Natur hätte. Zunächst kann es nicht die *Absicht* der Contrahenten sein, einstweilen die beschränkte Wirkung gegen Dritte herzustellen. Alles Pfandrecht beruht auf einem Misstrauen gegen den Schuldner, es soll nicht die *Erfüllung* der Obligation sichern, (wie könnte die Sache eine Handlung leisten! ?) sondern es soll die *Verletzung* der Obligation nach ihrer öconomischen Seite hin möglichst wieder gut machen durch den in der Sache steckenden Werth, setzt also eine Verletzung ausdrücklich voraus. Der Gläubiger aber, welcher einstweilen nur ein Pfandrecht zwischen sich und dem Schuldner will, hat zur Zeit kein Misstrauen, fürchtet keine Verletzung, er will zur Zeit überhaupt kein Pfand, sondern die blosse Möglichkeit nach Belieben ein solches sich zu verschaffen und er kann unmöglich durch dieses noch gar nicht ausgesprochene Belieben irgend einen Dritten binden wollen. Ebenso wenig lässt sich dem Dritten ein Dolus vorwerfen. Denn obgleich er sich in den meisten Fällen sagen muss, der Gläubiger würde höchst wahrscheinlich gerade jetzt von seinem Pfandrecht Gebrauch machen, wenn er um die beabsichtigte Veräusserung wüsste, so kann es doch auch anders sein. Der Dritte darf davon ausgehen, dass der Gläubiger die *Sache* zur Zeit noch nicht hat binden wollen und dass sein Hauptrecht wie sein Nebenrecht durch Geld auszugleichen sind. Aus demselben Grunde besteht . . . keine wahre Collision zwischen dem blos möglichen Pfandrecht und einem andern dinglichen Recht.»

[27] Se t ex Bornemann IV s 263 ff. Ang liknande regler i den bayerska hypoteksordningen 1822, se Gönner I s 138 ff.

Pantborgenärens ius ad rem avskaffades emellertid genom ett rättsfall i Obertribunal 1843.[28] Så sent som 1839 hade en avdelning i Obertribunal krävt god tro av en fastighetsköpare rörande tidigare pantförskrivning. 1840 hade samma avdelning krävt god tro av en fastighetsköpare rörande tidigare upplåten avkomsträtt.[29] När samma avdelning 1843 skulle taga ställning till om god tro kunde krävas av en fastighetsköpare rörande en tidigare tillkommen fordran, som på det sättet var förenad med tvångspanträtt att borgenären hade möjlighet att utan gäldenärens medgivande söka inteckning i hans fasta egendom,[30] uppstod plötsligt tvivel om huruvida tidigare tillämpade bestämmelser kunde användas, när konkurrens rådde mellan rättigheter av olika slag (panträtt och äganderätt). Saken hänsköts till avgörande av Obertribunal in pleno, varvid alltså praxis ändrades så att god tro icke längre kom att krävas av ny ägare rörande »äldre panttitel». Domen grundades emellertid icke på att rättigheterna var av olika slag utan på skäl som skall framgå i det följande.

Omständigheterna i rättsfallet var följande:

Änkan G sålde en fastighet till M, som tog fastigheten i sin besittning. Innan M sökt inskrivning av sitt fång, beviljades tvångsinteckning för en fordran mot G, tillhörig dödsboet efter G:s avlidne make. M yrkade att inteckningen skulle dödas och åberopade att dödsboet vid tiden för ansökningen om inteckning haft kännedom om att fastigheten överlåtits. Dödsboet bestred yrkandet och åberopade för sin del att M vid tiden för sitt förvärv känt till att dödsboet hade nämnda fordran med rätt till tvångsinteckning, alltså en panttitel, och att ansökan om inteckning skett innan M sökt inskrivning av sitt förvärv.

M:s talan bifölls på följande grunder: Genom formell lagtolkning tog domstolen avstånd från en tillämpning av tidigare använda bestämmelser, som krävt god tro. Istället skulle pantregler tillämpas, vare sig fråga var om

1) pantborgenärens möjlighet att söka inteckning i en fastighet, som han visste hade överlåtits efter uppkomsten av hans panttitel, eller

2) ny ägares skyldighet att respektera en för honom känd panttitel.

Beträffande den första frågan tillämpade domstolen en bestämmelse som innebar att den som inlät sig på förhandlingar med någon som var inskriven som ägare till en fastighet men som han visste inte längre var rätt ägare (alltså bürgerlicher Eigenthümer men icke wahrer Eigenthümer, observera att M tagit fastigheten i sin besittning[31]) icke kunde göra gällande någon rätt. Därför kunde dödsboet icke göra sin panträtt gällande mot M. Avgörande vikt fästes alltså vid att dödsboet hade känt till överlåtelsen vid tiden för ansökan om inteckning. Som motivering härför anfördes vidare att pantborgenären först genom

[28] Entscheidungen des Königlichen Geheimen Ober-Tribunals, Bd 9 (1844) s 25 ff.

[29] Referatet s 26 f.

[30] Grunden för tvångsinteckningen var att fordringen var exigibel. Varje exigibel fordran medförde rätt till tvångsinteckning – enligt en lag från 1836 – vilket motiverades med att om borgenären hade den större rätten att få fastigheten såld på exekutiv auktion, så borde han ha den mindre rätten att få inteckning. Se Dernburg I § 321.

[31] Jfr ovan kapitel 5 vid not 14.

inteckningen fick en sakrätt och att verkställighet (!) bara kunde ske i den egendom som gäldenären ägde vid tiden för verkställigheten (»Exekutionsvollstreckung»).[32]

Den andra frågan, om nye ägaren M skulle vara skyldig att respektera den för honom kända panttiteln (dödsboets fordran och rätt till tvångsinteckning) hängde naturligtvis såtillvida ihop med den förra, som man efter att ha krävt god tro av pantborgenären vid tidpunkten för ansökan om inteckning inte gärna kunde uppställa ett krav på god tro även hos den nye ägaren, ty vem skulle då ha vunnit om båda varit i god tro, eller som här, då båda var i ond tro? Båda kunde ju inte samtidigt vara skyddade eller oskyddade mot den andre. Domstolen anförde emellertid en särskild motivering också för att icke kräva god tro av M. Här hänvisade man till regler om företräde mellan flera pantanspråk uteslutande med hänsyn till tidpunkten för inskrivningen, varav domstolen drog slutsatsen att en pantsättning ej berör själva saken så länge icke pantborgenären söker inteckning och att därför dessförinnan ingen behöver taga hänsyn till hans panttitel. Ytterligare underbyggde domstolen här sin ståndpunkt med ett – åtminstone i den senare delen – tämligen svårbegripligt resonemang: Det skulle leda till fullständig osäkerhet i äganderätten till fast egendom, om man antog att en förvärvare av fastighet skulle vara skyldig att respektera varje pantförskrivning även utan ansökan om inteckning, så snart han blott hört talas om att säljaren lånat pengar mot säkerhet i fastigheten; dessutom skulle det leda till inteckningstvång även för de borgenärer som litat på sin gäldenärs personliga betalningsförmåga.[33]

En omständighet att notera i domskälen är uppfattningen av inteckningen som en verkställighetsakt. Denna uppfattning kom till synes både i domstolens krav på god tro hos dödsboet vid tiden för ansökan om inteckning och antagandet att många borgenärer litade på sin gäldenärs personliga betalningsförmåga, trots att de fått egendom pantförskriven till sig (jfr Bornemanns resonemang ovan). Uppfattningen var måhända naturlig i ett fall som det aktuella, där fråga var om tvångspanträtt,[34] men resonemanget skulle nog blivit

32 Referatet s 33 f.

33 Referatet s 34 f: »Es würde zu einer vollständigen Unsicherheit des Grundeigenthums führen, wollte man annehmen, dass jede Hypothekenbestellung, auch ohne Anmeldung bei dem Hypothekenbuche von dem neuen Erwerber eines Grundstücks anerkannt werden müsste, sobald er auch nur äusserlich in Erfahrung gebracht, dass sein Verkäufer Schulden, gegen Verpfändung des verkauften Grundstücks, kontrahirt habe, ja es würde selbst für die Inhaber solcher Forderungen einen nicht zu rechtfertigenden Zwang herbeiführen, sollten sie, wie doch nur durch Setzung einer Präklusivfrist geschehen könnte, genöthigt werden, von ihren Titeln Gebrauch zu machen und die Eintragung von Forderungen im Hypothekenbuche zu bewirken, die sie bis dahin und vielleicht für immer, durch die Persönlichkeit ihres Schuldners, für hinreichend gesichert gehalten haben.» Citatet på s 35.

34 Särskilt när denna såsom här motiverades med att borgenären ändå hade möjlighet att få fastigheten såld på auktion, jfr not 30 ovan.

detsamma även om panträtten varit avtalad. Därpå tyder domskälens karaktär av principresonemang och användningen av begreppet »panttitel». Någon distinktion mellan tvångspanträtt och avtalad panträtt gjordes ej heller vid senare tolkning av rättsfallet, där man icke heller särskilt betonade att M fått fastigheten i sin besittning. Rättsfallet tolkades helt enkelt så att en panttitel ej behövde respekteras av ny ägare.[35]

Intressant är också domstolens analogi med regeln om företräde för panträtt i konkurrens med annan panträtt uteslutande med hänsyn till tidpunkten för inskrivningen. Detta var, måste man säga, en förhastad generalisering. Fråga är nämligen i dessa båda sammanhang om helt olika typer av konkurrens.

Konkurrens mellan två pantborgenärer hotar icke rättigheternas existens utan avser blott platsen i förmånsrättsordningen. Här finns det en särskild anledning att icke taga hänsyn till annat än tidpunkten för inskrivning, nämligen risken för oreda i förmånsrättsordningen. Antag följande situation: En fastighetsägare avtalar i tur och ordning med tre personer, A, B och C, om panträtt i fastigheten. Inskrivning sökes först av B, sedan av C och sist av A. Vid den avgörande tidpunkten är C men icke B i god tro beträffande A:s rätt. Hur ser förmånsrättsordningen ut? Jo, om hänsyn skall tagas till B:s onda och C:s goda tro får A bättre rätt än B men sämre än C. Samtidigt har emellertid B bättre rätt än C. Att utreda denna situation blir icke lätt. Genom att bortse från tidpunkten för en pantförskrivning av fastigheten i detta sammanhang undviker man sådana problem. Man skapar därmed en absolut istället för en relativ förmånsrättsordning.

Vid konkurrens mellan en pantborgenär och ny ägare innebär däremot nye ägarens företräde att panträtten alls icke kan göras gällande. Konkurrensen är här av en helt annan typ, som mera liknar t ex fall av dubbelförsäljning. Att pantförskrivningen saknar verkan mot annan pantborgenär kan därför icke utan vidare få medföra att den frånkännes verkan även mot ny fastighetsägare.[36]

Vad slutligen beträffar den i domskälen anförda synpunkten att ett godtroskrav skulle leda till osäkerhet i äganderätten, så är detta det äldsta exempel jag funnit på det resonemang som sedan skulle leda till ett allmänt accepterande av abstraktionsprincipen i tysk rätt, eller åtminstone framställdes som det dominerande skälet för denna princip: risken för osäkerhet i omsättningen. Att Obertribunal härvid var tidigt ute, därpå tyder bl a den samma

35 Ziebarth s 309 med not 12. Ziebarth synes här icke ha gjort någon skillnad mellan lös och fast egendom.

36 Jfr Arnholm § 23 III, samt angående »värdekollision» och »faktisk kollision», Hessler s 333 ff.

år (1843) tillkomna sachsiska hypoteksordningen, där godtroskravet vid dubbeldispositioner hade en central plats i själva lagtexten.[37]

4. Modern tysk rätt

Pantsättning av lös egendom sker i modern tysk rätt genom sakrättsligt avtal och tradition. Kravet på tradition är här strängt, constitutum possessorium godtages icke. Detta har lett till att institutet panträtt i lös egendom i stor utsträckning undanträngts av institutet säkerhetsöverlåtelse, där constitutum possessorium godtages.[38]

Fast egendom pantsättes genom sakrättsligt avtal och inskrivning. Man kan välja mellan accessoriskt Hypothek och icke-accessorisk Grundschuld. Liknande regler gäller dock för båda typerna av fastighetspant. Förekomsten av två likartade institut har sin grund i historiska förhållanden.[39]

I motiven till BGB[40] påpekades hur utbrett kravet på inskrivning av hypotek i fastighetsböcker var i både tysk och fransk rätt, varvid inskrivningskravet ställdes i motsats till den romerska rättens tysta hypotek. Därefter förklarades att inskrivningskravet icke behövde någon ytterligare motivering. I annat sammanhang[41] åberopades emellertid i samma BGB-motiv mot ingrepp i den genom inskrivningen etablerade förmånsrättsordningen att ett krav på god tro rörande tidigare pantförskrivning skulle leda till osäkerhet i »Hypothekenverkehr». Samtidigt förklarades att en särskild klass med oinskrivna hypotek med sämre förmånsrätt än de inskrivna skulle sakna praktiskt värde.

37 Se särskilt §§ 22 och 23 i den sachsiska lagen. – Exempel på en särbehandling av (dvs abstraktion av) pantförskrivning saknades dock icke i litteraturen. Bornemanns ovan i not 25 citerade resonemang torde ha medfört att god tro ej heller kunde krävas av ny ägare rörande tidigare pantförskrivning. Redan Gönner menade i sin kommentar till den bayerska hypoteksordningen 1822 att en pantborgenär som sökte inskrivning efter det att fastigheten överlåtits härvid måste vara i god tro rörande överlåtelsen för att kunna göra sin rätt gällande mot nye ägaren, även om överlåtelsen företagits efter pantförskrivningen, se Gönner I s 282 och 292 f. Härav måste ha följt att den nye ägaren ej behövde vara i god tro rörande pantförskrivningen. Däremot diskuterade Heyne, trots gillande hänvisning till Gönner, i sin kommentar till 1843 års sachsiska hypoteksordning under ovannämnda paragrafer ett exempel, där A först till B pantförskrev sin fastighet och sedan överlät denna till *godtroende* C, som först sökte inskrivning. I ett sådant fall kunde B enligt Heyne ej göra sin rätt gällande mot C. Härav får man väl draga slutsatsen att utgången skulle blivit den motsatta om C varit i ond tro. Se Heyne I s 145 f.

38 BGB § 1205. Se vidare t ex Baur § 55, särskilt A II och B II 3 a. Jfr densamme § 49 II samt ovan kap 4 not 8.

39 BGB § 873. Se vidare t ex Baur § 37 och § 44.

40 Motiven III s 170 f.

41 Motiven III s 600.

5. Fransk rätt

Ett utmärkande drag i ancien droit – den franska rätten under kungatiden – var sammanblandningen mellan panträtt och vanlig personlig betalningsskyldighet. Varje genom dom eller notariell urkund befäst fordran ansågs – enligt underförstådd överenskommelse – förenad med panträtt i gäldenärens hela förmögenhet. I viss mån präglas även Code civil av denna uppfattning: personligt betalningsansvar uppfattas som en slags panträtt (gage) för borgenären.[42]

I fastighetsrätten recipierades de romerska hypoteken tidigt: avtal om panträtt gav förmånsrätt framför senare pantavtal; panträtt kunde vara generell; vissa typer av fordringar, såsom omyndigs redovisningskrav mot förmyndaren, tillerkändes legal pant- eller förmånsrätt.[43] Endast i vissa delar av landet – pays de nantissement – praktiserades ett inskrivningssystem, som visserligen i första hand avsåg förvärv av äganderätt men som fungerade även beträffande pantsättning.[44]

Även i Frankrike försökte lagstiftaren under slutet av 1600-talet införa inskrivningstvång beträffande hypotek, varvid syftet var att skaffa statskassan inkomster genom inskrivningsavgifter. Ett år 1673 framlagt förslag kunde emellertid inte genomföras på grund av motstånd från adeln, som varken ville betala inskrivningsavgifter eller avslöja sin undergrävda finansiella ställning.[45]

Behovet av säkerhet i omsättning och kreditgivning gjorde sig emellertid gällande också i Frankrike. Efter revolutionen, i droit intermédiaire, genomfördes lagstiftning om inskrivning av hypotek till fast egendom. Enligt en lag av år III (1795), som visserligen synes ha stannat på papperet, skulle det icke finnas några andra hypotek än de inskrivna. Detta innebar ett publicitetskrav icke blott ifråga om avtalad panträtt utan även beträffande de legala pant- och förmånsrätterna, t ex omyndigs redovisningskrav. Det innebar också att förmånsrätten i princip skulle räknas från tidpunkten för inskrivningen och icke från tidpunkten för avtalet. Lagen år III avlöstes av den förut nämnda lagen år VII (1798), som stadgade inskrivning även av äganderättsförvärv och som också utgick från inskrivningstvång och förmånsrätt från tiden för inskrivningen, men i båda avseendena gjordes här vissa undantag. Bl a skulle omyndiga fortfarande ha pant- eller förmånsrätt för sina redovisningskrav.[46]

Lagen år VII avlöstes 1804 av Code civil. Även enligt Code civil skulle förmånsrätten räknas från dagen för inskrivningen av ett hypotek, ehuru undantag också här gjordes för vissa generella pant- och förmånsrätter. Detta utsades direkt i lagtexten. Däremot uppstod stridigheter om huruvida ny fastighetsägare skulle vara skyldig att respektera den tidigare ägarens pantför-

42 Hedemann 2:2 s 67 ff.
43 Mazeaud III:1 nr 227.
44 Jfr ovan kapitel 5 vid not 62 samt Hedemann 2:2 s 71 f och Mazeaud ibid.
45 Hedemann 2:2 s 70 f, Mazeaud ibid, Flandin I s XIII. Jfr ovan kap 5 vid not 63.
46 Hedemann 2:2 s 73 ff, särskilt s 78 under 2, Mazeaud III:1 nr 228.

skrivningar, även om dessa icke inskrivits före överlåtelsen. Problemet formulerades som en fråga om hypoteket uppstod genom avtalet eller först genom inskrivningen. Tvisten löstes tills vidare genom en kompromiss i Code de procédure civil 1807, vars § 834 gav förre ägarens borgenärer möjlighet att söka inskrivning under 14 dagar efter det att nye ägaren sökt inskrivning av sitt fång. Denna bestämmelse gällde tills den upphävdes genom 1855 års inskrivningslag, som i huvudsak byggde på lagen år VII och fäste avgörande vikt vid om hypoteket inskrivits före äganderättsförvärvet. Som vi tidigare sett tillämpades 1855 års lag så att god tro icke krävdes av senare köpare vid dubbelförsäljning av fast egendom. I detta avseende synes pantförskrivning av fastighet ha behandlats på samma sätt som köpeavtal. Ny ägare avkrävdes alltså icke god tro rörande tidigare pantförskrivning utan tidpunkten för inskrivningen blev allena avgörande.[47]

1855 års lag avlöstes, efter partiella reformer, helt år 1955. Enligt 1955 års lag gäller i berörda avseenden detsamma, bortsett från att omyndigas m fl legala pant- och förmånsrätter numera avskaffats eller åtminstone satts efter fastighetspant i förmånsrättshänseende.[48]

Vid pantsättning av lös sak slog de romerska hypoteken aldrig igenom riktigt i ancien droit, utan pantsättning av lös egendom fordrade tradition. Traditionen var – och är även i modern fransk rätt – nödvändig icke blott för tredjemansskyddet utan även för avtalets giltighet. Pantavtal är ett »contrat réel», ett realavtal som blir giltigt först genom traditionen. Icke dess mindre räknar man med ett »avant-contrat», om den verkliga överenskommelsen skulle ske före traditionen. Kravet på tradition är, i varje fall sedan slutet av 1800-talet, effektivt, så att constitutum possessorium icke godtages.[49]

Frågan om senare pantborgenär eller ny ägare är skyldig att respektera en överenskommelse om pantsättning av lös sak kompliceras av att pantavtalet är ett realavtal. Jag har icke i tillgänglig litteratur funnit någon behandling av frågan om god tro krävs hos senare förvärvare av äganderätt eller panträtt rörande ett »avant-contrat».[50]

6. Dansk och norsk rätt

I dansk rätt gällde enligt Christian den V:s lov 1683 att skriftliga handlingar, som innefattade pantsättning av fast egendom, inom viss tid skulle uppläsas vid rätten och att anteckning om uppläsandet (tinglysningen) skulle ske i domboken, varjämte de upplästa handlingarna skulle intagas i ett särskilt protokoll. Genom

47 Hedemann 2:2 s 56 f och 82 ff, Mazeaud III:1 nr 229. Ang § 834 Code de procédure civil se särskilt Hedemann 2:2 s 86 f. Jfr Gönner I s 140 ff. Jfr ock lagberedningen II 1908 s 595 ff.

48 Mazeaud III:1 nrs 142, 451, 656 och 717.

49 Mazeaud III:1 nrs 66, 68 och 81. Jfr II:1 nrs 79 ff.

50 Jfr Mazeaud II:1 nrs 83 f med hänvisningar i noterna 1 och 2 samt III:1 nrs 66 och 68.

en förordning år 1738 påbjöds upplåggande av fastighetsböcker. Det praktiska genomförandet härav fullbordades dock icke förrän i mitten av 1800-talet, såsom ju fallet var också i Tyskland.[51] Den nu gällande tinglysningsloven är från 1926.

Enligt den äldre rätten räknades verkan av en pantförskrivning, om tinglysning skett i behörig tid, från tidpunkten för pantförskrivningen. Skedde tinglysningen för sent räknades panträttens verkan istället från tinglysningen. Gentemot ny ägare till fastigheten gällde dock pantförskrivningen om den nye ägaren hade kännedom om pantförskrivningen då överlåtelsen skedde.[52]

Även enligt den nuvarande tinglysningsloven synes tidpunkten för pantförskrivningen ha betydelse både när fråga är om konkurrens mellan två pantborgenärer och då fråga är om konkurrens mellan pantborgenär och ny ägare. God tro krävs alltså av den senare förvärvaren rörande en tidigare företagen pantförskrivning, eljest gäller denna mot honom trots att den icke är tinglyst.[53]

God tro rörande en tidigare pantförskrivning krävs även vid pantsättning och överlåtelse av lös sak.[54]

I norsk rätt, där länge dansk rätt gällde, är rättsläget likartat. Enligt den nu gällande tinglysingsloven, som är från 1935, fästes också avseende vid tidpunkten för pantförskrivningen vid pantsättning av fast egendom.[55] God tro krävs alltså av senare förvärvare av panträtt eller äganderätt. Detsamma torde gälla vid pantsättning och överlåtelse av lös egendom. Äldre pantförskrivning måste i princip respekteras.[56]

7. Svensk rätt

Pantsättning av fast egendom skulle enligt svensk medeltidsrätt ske på samma sätt som överlåtelse av egendomen.[57] Avtalet skulle ske på tinget och borgenären skulle taga fastigheten i sin besittning. Under 1600-talet trängdes emellertid de sålunda stadgade formaliteterna undan av tysk-romersk rätt, vilket ledde till att pantsättning ansågs kunna ske genom formlöst avtal. Generella hypotek och olika typer av legala pant- och förmånsrätter, bl a myndlings i förmyndarens gods till säkerhet för redovisningskrav, erkändes. Även tendenser till en upplösning av gränsen mellan panträtt och verkställighet kan iakttagas under denna period, exempelvis i uppfattningen att en dom grundade panträtt i gäldenärs egendom.

51 Lagberedningen II 1908 s 605.
52 Lagberedningen II 1908 s 607.
53 1 § tinglysningsloven. Illum, Tinglysning s 261 samt densamme, Ejerpant s 18 ff, särskilt s 18 och 30 ff.
54 Illum s 225 f.
55 20 § tinglysingsloven. Braekhus-Haerem s 440 ff. Jfr Arnholm § 23 III.
56 Braekhus-Haerem s 432 talar endast om godtroende senare förvärvare.
57 Se härom och om utvecklingen intill 1800-talets slut lagberedningen II 1908 s 564 ff. En kort redogörelse finns i prop 1970:20 B s 246 f. Se vidare ang äldre rätt Benckert, Bidrag s 1–52, och Jägerskiöld s 171.

Även hos oss gjorde sig emellertid så småningom behovet av säkerhet i omsättning och kreditgivning i ökande grad gällande. Detta ledde till ett stärkande av inteckningsinstitutets ställning vid pantsättning av fast egendom och till krav på tradition vid pantsättning av lös egendom. I samband härmed försvann de generella hypoteken (1730). De legala pant- och förmånsrätterna var emellertid mera seglivade. Spår av dem kan fortfarande skönjas i reglerna om förmånsrätt i konkurs.[58]

Redan genom en kunglig resolution 1665 tillerkändes intecknade förskrivningar företräde framför andra. Resolutionens auktoritet synes dock icke ha varit alltför stor. I praxis bröts inteckningskravet mot andra hänsyn. Jägerskiöld har i arbetet Handelsbalkens utländska källor[59] redovisat hur kreditlivets behov av publicitet och en säker förmånsrättsordning bröts mot bl a hänsyn till gäldenären och risken att ett formkrav skulle leda till rättsförluster för personer som handlat i god tro men underlåtit att iakttaga kravet på inteckning. Utvecklingen av inteckningsförfarandet mot ett modernt inskrivningsväsende stördes även av uppfattningen att grunden till borgenärens förmånsrätt låg däri, att han visat vaksamhet (»vigilans»). Denna uppfattning ledde till att borgenärer som visat vaksamhet på annat sätt än genom inteckning kunde gå före inteckningshavare. Vigilanstänkandet gick till och med så långt att man tappade kravet på pantförskrivning som grund för inteckningen. Inteckningen ansågs grundad uteslutande på borgenärens vaksamhet. Denna för inteckningsinstitutet betydelsefulla utveckling innebar i själva verket att varje fordran blev förenad med rätt till tvångsinteckning, en ordning som avskaffades först genom 1875 års inteckningsförordning. Betecknande är att Schrevelius – i klar avvikelse från tysk doktrin[60] – ansåg att »titulus» vid förvärv av panträtt var själva fordringen.[61]

Vad beträffar förmånsrätten vid *konkurrens mellan flera inteckningar* synes man redan tidigt ha utgått från att denna skulle räknas uteslutande från tidpunkten för inteckningen, vilket ju i och för sig kunde förenas med den romerska principen »prior tempore, potior iure».[62] Uppfattningen att inteckningen var uttryck för borgenärens vaksamhet snarare än resultatet av en gäldenärens disposition torde ha uteslutit varje tanke på hänsynstagande till tidpunkten för en eventuell pantförskrivning. I 1734 års lag kom regeln till uttryck i 17:9 HB, som gav inteckningshavare förmånsrätt från den dag

58 T ex statens förmånsrätt för skatter.

59 Se allmänt ang pantsättning Jägerskiöld kapitel 5. Ang 1665 års resolution se Jägerskiöld s 197 f. Se ang det följande särskilt det rättsfall som Jägerskiöld redovisar på s 198 ff.

60 Så betonar t ex Gönner (I s 154) beträffande bayersk rätt att »Unter Rechtstitel wird hier nicht das Recht einer *Forderung*, sondern das *besondere* Sicherheit *durch Hypothek* zu verlangen». Enligt preussiska ALR kunde en titel vara avtal om panträtt, en lagbestämmelse eller en dom. Jfr ovan vid not 27.

61 Schrevelius II § 193.

62 Jfr Jägerskiöld s 376.

inteckning söktes. Sedan dess har icke någon annan ändring på denna punkt vidtagits än att regeln 1972 överflyttades till 17:6 i den nya JB.

17:9 HB uppmärksammades av Nordling i hans kommentar till 1875 års inskrivningslagstiftning. Nordling motiverade frånvaron av ett krav på god tro hos den pantborgenär som sist fick fastigheten pantförskriven till sig på följande sätt:

»Det kan väl synas, som borde den panträtt, som genom medgifvandet redan före inteckningssökandet finnes, såsom varande en speciel rätt i fastigheten, hafva den hälgd med sig, att han blefve gällande mot hvar och en, som icke i god tro förvärfvar rätt i fastigheten och tidigare inskrifver den samme. Men en panträtt kan icke, all den stund han utgör en birättighet till fordringsrätten, hafva större hälgd än själfve fordringsrätten förr än han blir med förmånsrätt förenad. Intill dess betyder han i förhållande till andre fordringsegare intet i händelse konkurs uppstår eller genom specialexekution annat fordringsanspråk ur hans föremål utsökes. Därför lägger han ej häller hinder i vägen för att andre fordringsegare må *på grund af större vaksamhet* genom frivillig handling af gäldenären vinna och med företrädesrätt befästa en speciel rätt till samma föremål, ehuru de om hans tillvara ega kännedom».[63]

Att döma av den sista meningen i det citerade uttalandet grundade Nordling sin slutsats, att god tro icke krävdes, på vigilanssynpunkter! Detta är märkligt, ty vigilansresonemanget måste väl sägas ha desavouerats av lagstiftaren genom det med 1875 års inteckningsförordning införda kravet på pantförskrivning för att inteckning skulle få ske. Men det kanske inte var så lätt att frigöra sig från en invand tankegång.

I modern tid har allmänt mot tanken på ett godtroskrav vid konkurrens om bättre plats i förmånsrättsordningen hänvisats till det exekutiva förfarandets natur: företrädesrätten måste bestämmas efter vissa genom handlingar påvisbara yttre kriterier (lagberedningen 1960).[64] Förfarandet vid exekutiv auktion är, har bl a Bengtsson[65] påpekat, inte anpassat för att man där skulle kunna utreda så subtila frågor som om någon rättighetshavare insett eller bort inse visst förhållande beträffande fastigheten. Hessler[66] åberopar, utan att närmare utveckla sin tankegång, behovet av ordning och reda i kreditväsendet.

Vad sedan beträffar fall av *konkurrens mellan ny fastighetsägare och överlåtarens inteckningssökande borgenärer,* så uppmärksammades det proble-

63 Nordling s 317. Min kursivering.
64 SOU 1960:25 s 539.
65 Bengtsson, Nya jordabalken s 61 och 65. Mot Bengtsson torde dock kunna invändas att frågan om vederbörande varit i god tro med all sannolikhet skulle uppkomma redan i samband med inteckningsåtgärden, om det är borgenären som föranstaltar om inteckning, ty det är vanligt att man i samband därmed beställer ett gravationsbevis, som omedelbart avslöjar ifall någon annan trängt sig före i förmånsrättsordningen.
66 Hessler s 414. Jfr ovan före not 36.

met av lagstiftaren 1798.[67] Då bestämdes att överlåtarens borgenärer icke, såsom förut tydligen varit fallet,[68] skulle vara helt avskurna från möjlighet till inteckning efter överlåtelsen. Inteckning skulle kunna ske om den nye ägaren försummade att inom viss tid söka uppbud på fastigheten. Denna regel upprepades i 1818 års inteckningsförordning.[69] Emellertid var man missnöjd med regeln, eftersom den skapade osäkerhet i kreditlivet. Den som fått en inteckning kunde icke vara säker på att det inte senare skulle visa sig att fastigheten överlåtits och att förvärvaren sökte uppbud inom föreskriven frist. Regeln ändrades därför genom den förut nämnda förordningen år 1845, så att giltigheten av inteckning blev helt beroende av om den skedde före nye ägarens lagfartsansökan. Samma regel intogs i 1875 års inteckningsförordning.[70]

Vilken verkan ville man då tillerkänna pantförskrivningen i förhållande till ny ägare? Frågan berördes av lagkommittén i motiven till 1815 års jordabalksförslag med följande uttalande:

»Det är ej sjelfwa pantförskrifningen som gifwer Borgenären sådan rätt i egendomen (dvs »realrätt»), eller bestämmer tiden hwarifrån den må beräknas. Af intecknandet beror både sjelfwa rätten och tiden, från hwilken den är gällande.»[71]

Denna lagkommitténs hänvisning till indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter är en smula förvånande med tanke på att kommittén samtidigt ifråga om dubbelförsäljning av lös egendom förkastade begreppen ius in re och ius ad rem.[72] Men tydligt är att det här var särskilt frestande att frånkänna pantavtalet sakrättslig karaktär. Enligt dåtida svensk rätt kunde borgenär få inteckning i gäldenärens fasta egendom även utan medgivande av gäldenären, varvid borgenärens förmånsrätt ansågs grunda sig på vaksamhet (»vigilans»). En eventuell pantförskrivning hade således ingen egentlig funktion att fylla. Mot den bakgrunden kunde tidpunkten för pantförskrivning av egendomen naturligtvis inte tillmätas någon betydelse.

Detta antagande om vigilansprincipens betydelse för lagkommitténs ställningstagande vinner ett visst stöd av vad sedan den äldre lagberedningen uttalade i samma fråga. Observera att äldre lagberedningen i nedanstående citat icke talade om pantförskrivningen utan om *fordringen:*

67 20 § 3 mom 1798 års konkursstadga.
68 Jfr lagutskottets utl nr 11 till 1844 års riksdag s 11.
69 13 §. Jfr motiven till 1826 års förslag till HB s 104.
70 3 § i 1845 års förordning, som var införd i lagboken under 16:16 JB. 14 § i 1875 års inteckningsförordning.
71 Motiven s 19.
72 Jfr ovan kapitel 3 not 67 f.

»Nyttjanderätten är en i wiss egendom redan gifwen *sakrätt,* som fått sin tillwarelse genom sjelfwa upplåtelsen; och intekningen är blott ett offentliggörande deraf . . . En fordran deremot har, i och för sig sjelf, *ingen sakrätt:* den får en sådan endast *derigenom,* att den med intekning *fästes* wid wiss egendom: dessförinnan är, i detta hänseende, den ena lösa fordringen icke bättre, än den andra . . .»[73]

I annat sammanhang uttalade äldre lagberedningen följande:

»Man måste betrakta lagfart å *äganderätt* från annan synpunkt, än intekning för *fordringsrätt.* Genom intekningen bildas *en förut icke tillwarande sakrätt* . . . den, som underlåter fullföljden (av inteckningsansökan) förlorar ingen redan förwärfwad rätt, utan blott sitt försök att winna en ny, den han ännu icke äger, nämligen *panträtten*».[74]

Äldre lagberedningen jämförde alltså avtal om överlåtelse av äganderätt och upplåtelse av nyttjanderätt, vilka sades ge sakrätt, med fordringen. Pantförskrivningens betydelse hade här helt vittrat bort, vilket måste vara en följd av vigilansprincipen. Erinras kan också i sammanhanget om att Schrevelius vid ungefär samma tid i strid mot samtida tysk doktrin förklarade fordringen och icke pantförskrivningen utgöra titulus enligt läran om förvärv av sakrätt genom titulus och modus acquirendi.[75]

I detta läge borde i och för sig det krav på pantförskrivning som infördes genom 1875 års inteckningsförordning ha motiverat en omprövning av den uppfattning om inteckningens betydelse som sålunda kommit till uttryck. Någon sådan omprövning skedde emellertid inte. Istället upprepade lagbyrån i motiven till 46 § inteckningsförordningen äldre lagberedningens uttalande om panträttens uppkomst såsom sakrätt genom inteckningen. Den enda skillnaden var att avtal om överlåtelse av äganderätt och upplåtelse av nyttjanderätt nu åter jämfördes med pantförskrivningen och icke med fordringen:

»Då båda rättigheterna (dvs äganderätt och nyttjanderätt), deri skiljande sig från panträtten, redan före offentliggörandet genom lagfart eller inteckning uppkommit såsom sakrätter genom det angående dem slutna aftalet . . .»[76]

Kanske hade det också varit för mycket att av lagbyrån begära en förutsättningslös prövning av pantförskrivningens betydelse i olika hänseenden. En generalisering i termer som sakrätt och obligatorisk rätt låg i tidens anda. Sannolikt var man också påverkad av den kontinentala utveckling som inneburit panträttens abstraktion från det obligationsrättsliga förhållandet. Resultatet blev i allt fall ett absolut panträttsbegrepp.

73 Motiven s 90.
74 Motiven s 77.
75 Ovan not 60 f.
76 Prop 1875:27 bil s 64.

Icke ens Nordling, som bekämpade det absoluta sakrättsbegreppet och som förklarade lagbyråns citerade uttalande strida mot »lag och riktig teori»,[77] kunde se klart på problemet. Nordling tolkade lagbyråns uttalande så, att god tro ej skulle krävas av ny fastighetsägare rörande tidigare pantförskrivning, och avvisade också för egen del tanken på ett godtroskrav i denna situation:

»Större hälgd, än panträtt utan förmånsrätt har i förhållande till fordringsegare, kan denne rätt ej ega i förhållande till dem, som genom upplåtelse af egaren vinna annan rätt i fastigheten.»[78]

Nordling jämställde alltså – liksom tidigare den preussiska Obertribunal 1843 – uttryckligen pantborgenärens konkurrens med ny ägare och hans konkurrens med annan pantborgenär, vilket, såsom tidigare visats, knappast är välbetänkt. Fråga är nämligen i dessa båda fall om olika typer av konkurrens.

Uppfattningen att god tro icke krävs av ny fastighetsägare rörande tidigare ägares pantförskrivning, som ej följts av inteckning, har icke blott förblivit rådande under hela den tid 1875 års inteckningsförordning varit i kraft[79] utan även bekräftats i motiven till den nya jordabalken. Visserligen skall enligt lagtexten i jordabalken pantsättning av fastighet gå till så, att fastighetsägaren först själv skaffar sig ett pantbrev som bevis om inskrivningsmyndighetens inteckning av visst belopp i fastigheten och sedan genom att överlämna detta pantbrev till en borgenär såsom säkerhet för fordran upplåter panträtt i fastigheten.[80] Härvid skall enligt motiven reglerna om pantsättning av lös egendom (se strax nedan) tillämpas på pantbrevet, vilket leder till ett krav på god tro hos nye ägaren. Såsom framhålles i motiven är det emellertid ingenting som hindrar att fastighetsägaren först kontaktar kreditgivaren och ger honom i uppdrag att söka inteckning enligt fastighetsägarens medgivande.[81] Händer det sedan att fastigheten överlåtes innan kreditgivaren hunnit att söka inteckning uppstår här – liksom tidigare – frågan om betydelsen av inteckningsmedgivandet (pantförskrivningen). Enligt motiven till jordabalken kan god tro här icke krävas av den nye ägaren, eftersom pantutfästelsen, som sker innan pantbrev anskaffats, inte kan avse ett bestämt pantbrev och kravet på specialisering av pantobjektet därför icke är uppfyllt.[82]

77 Nordling s 169 not 1.
78 Nordling s 318.
79 Se t ex Undén II:2 s 310, Hessler s 401.
80 6:1 och 2 JB.
81 Prop 1970:20 B s 299. Märkligt nog säges också att denna ordning, som ej omnämnes i lagtexten, torde bli den vanligaste vid långivning genom kreditinstitut, och på annat ställe – s 256 – att »kreditgivning numera i alldeles övervägande utsträckning och sannolikt i alltjämt ökande grad sker över kreditinstitutionerna». Det vanligaste sättet för (ny-)inteckning omnämnes alltså inte i lagtexten, blott i motiven. Jfr Hessler s 391.
82 Prop 1970:20 B s 304. – Reglerna om fartygsinteckning är konstruerade på samma sätt som reglerna om fastighetsinteckning, se §§ 261 ff sjölagen. Jfr prop 1973:42 s 280 ff.

Häremot har Hessler[83] påpekat att en pantförskrivning måste avse viss angiven fastighet och i denna närmare bestämt det efter befintliga inteckningar närmast lediga utrymmet i förmånsrättshänseende. Hessler har också påpekat att det berörda motivuttalandet synes strida mot ett annat uttalande i motiven, där det sägs att en pantförskrivning som sker innan något pantbrev anskaffats måste innehålla nödiga uppgifter för identifiering av det pantbrev som inskrivningsmyndigheten senare kommer att utfärda, varmed avses angivande av fastighetsbeteckning, belopp och förmånsrättsläge. Hessler synes dock för egen del acceptera att god tro icke krävs av den nye ägaren. Hessler uttalar att »det naturligtvis kan vara en rationell och lämplig princip att konsekvent tillägga en pantförskrivning vid fastighet verkan mot tredje man endast om det sökts inteckning»,[84] men han utvecklar inte varför detta skulle vara rationellt eller lämpligt. I annat sammanhang nämner Hessler pantförskrivning av fast egendom som sker före inteckning som exempel på, att ett anspråk kan tänkas vara »av en sådan karaktär att man över huvud inte vill låta det sträcka sin verkan utanför förhållandet parterna emellan . . . om det inte *nått en viss grad av mognad* eller eftertryck».[85]

Då fråga är om *pantsättning av lös egendom* tillämpas andra regler. Vare sig det senare förvärvet avser panträtt eller äganderätt kräver man god tro av den senare förvärvaren för att han skall slippa respektera en äldre pantförskrivning. Såvitt gäller konkurrens mellan pantförskrivning och senare äganderättsförvärv har denna princip, som alltså skall tillämpas även när fast egendom pantsättes enligt ett redan existerande pantbrev,[86] kommit till uttryck i flera rättsfall. Dessa rättsfall – NJA 1924 s 329, 1925 s 80 och 1940 s 297 – som särskilt uppmärksammats för sin eventuella betydelse som grund för en analogi vid konkurrens mellan nyttjanderättsupplåtelse och senare äganderättsförvärv avseende lös egendom, har i doktrinen behandlats med en viss skepsis. Man har försökt sig på en restriktiv tolkning. Bl a har Nial[87] och Karlgren[88] framfört tanken att godtroskravet här skulle vara mera begränsat än i andra sammanhang, så att endast faktisk vetskap skulle diskvalificera den nye ägaren i konkurrensen, däremot icke den omständigheten att han bort känna till pantförskrivningen. Ordalagen i ett av rättsfallen[89] ger ett visst stöd för en sådan tolkning. Nial har vidare menat att nye ägaren här skulle kunna göra ett godtrosförvärv även utan

83 Hessler s 401 f.
84 Hessler s 404.
85 Hessler s 95.
86 Prop 1970:20 B s 304.
87 Nial i SvJT 1940 s 682.
88 Karlgren i SvJT 1956 s 250. Jfr motiven till testamentslagen, SOU 1929:22 s 288.
89 1940 års rättsfall: »Som riktigheten av Graces uppgift att hon vid köpet av fastigheten saknade kännedom om annan utfästelse . . . icke blivit i målet vederlagd . . .». Jfr Hessler s 376, som anser frågan om godtroskravets innebörd oviss, och SOU 1974:55 (Utsökningsrätt XIII) s 216 not 1, där lagberedningen uttalar att avtalet möjligen, trots detta rättsfall, bör gälla även mot den som ej känt till men bort känna till det.

att egendomen traderats till honom. Agell synes i förbigående ha varit inne på tanken att de lege ferenda godtroskravet som sådant här skulle kunna sättas ifråga.[90]

Enligt min mening bör man i de angivna rättsfallen se ett – möjligen omedvetet – avståndstagande från tanken på ett absolut, abstrakt panträttsbegrepp. Denna tolkning får mig att acceptera rättsfallen som uttryck för en regelrätt analogi med reglerna om förste köparens företräde vid dubbelförsäljning. Att förutsättningarna för godtrosförvärv här skulle vara mindre rigorösa än vid dubbelförsäljning förefaller i ett sådant läge helt omotiverat. En annan sak är att den goda tron beträffande pantförskrivning naturligtvis måste avse frågan om pantförskrivningen göres gällande, icke blott om det en gång skett en pantförskrivning.[91]

8. Sammanfattning och slutsatser

Redan i senklassisk tid utvecklades i den romerska rätten regeln att publika pantsättningar som grupp tillerkändes företräde framför tysta pantförskrivningar. Publiciteten gav pantborgenären skydd mot verklig eller låtsad dold konkurrens.

Vid receptionen av romersk rätt i Tyskland identifierades de publika romerska pantsättningarna med ett germanskt inskrivningssystem. Inskriven panträtt tillerkändes företräde framför tyst panträtt. Härigenom kom pantförskrivning att frånkännas betydelse i förmånsrättshänseende. Rättsläget var emellertid länge osäkert, framför allt på grund av brister i inskrivningsväsendet, och de publika pantsättningarnas företräde framför de romerska tysta pantförskrivningarna var slutligt befäst först vid mitten av 1800-talet. Enligt den preussiska ALR skulle panträtt ha förmånsrätt från tiden för besittningstagande respektive inskrivning. Pantförskrivning ansågs dock till en början grunda ius ad rem, varför ny ägare var bunden av pantförskrivning som han känt till vid sitt förvärv. Häri gjordes dock ändring genom den abstraktion av den sakrättsliga panträtten från dess obligationsrättsliga titulus som i preussisk praxis bröt igenom under 1840-talet. I modern tysk rätt förvärvas panträtt, liksom äganderätt, genom abstrakt sakrättsligt avtal och tradition respektive inskrivning.

I fransk rätt har förvärv av panträtt i fast egendom – från 1855 parallellt med förvärv av äganderätt – utvecklats till ett abstrakt förvärv, där hänsyn icke tages till tidpunkten för pantförskrivningen. Panträtt i lös egendom anses enligt romerskt mönster uppstå genom tradition och pantavtalet uppfattas som ett realavtal (liksom pignus). Betydelsen av ett »avant-contrat» i förhållande till ny ägare har icke uppmärksammats i den för mig tillgängliga litteraturen.

I dansk och norsk rätt har pantförskrivning däremot tillerkänts verkan såväl mot andra pantborgenärer som mot ny ägare.

90 Agell i SvJT 1965 s 235 f. Jfr ock Lundstedt s 344 ff.

91 Detta betonades också klart i NJA 1924 s 329. I NJA 1925 s 80 framhöll HD att det var uppenbart att pantförskrivningen vid tiden för överlåtelsen alltjämt var bindande för gäldenären.

I svensk rätt ansågs pantförskrivning av fast egendom i ett tidigare skede, på grund av uppfattningen att pantborgenärens förmånsrätt grundades på visad vaksamhet (»vigilans»), sakna betydelse i förhållande till tredje man. Detta uttrycktes så att pantborgenären fick »sakrätt» först genom inteckningen. Trots att pantförskrivning genom 1875 års inteckningsförordning gjordes till nödvändig förutsättning för inteckning, omprövade man då icke den äldre uppfattningen, vilket sannolikt berodde på inflytande från tysk och fransk rätt, där ett abstrakt panträttsförvärv redan utvecklats. Sakrätt för pantborgenären ansågs fortfarande uppkomma genom inteckningen. Pantförskrivning frånkändes därför betydelse i förhållande till ny ägare. Sådant är läget fortfarande när pantförskrivning sker i form av ett inteckningsmedgivande, dvs innan något pantbrev anskaffats. – Vid pantsättning av lös egendom har man däremot i svensk praxis genom en serie rättsfall befäst ett krav på god tro hos ny ägare rörande tidigare pantförskrivning, vilken regel också anses skola tillämpas på pantförskrivning av fast egendom enligt redan existerande pantbrev.

Kritik har här framförts mot dem som ifråga om pantförskrivningens betydelse mot tredje man utan vidare jämställt fall av konkurrens mellan två pantborgenärer om plats i förmånsrättsordningen med fall av konkurrens mellan pantborgenär och ny ägare. Att pantförskrivning ej tillmätes betydelse vid konkurrens mellan två pantborgenärer har icke blott sin historiska förklaring – kampen mellan germanska inskrivna hypotek och romerska tysta hypotek – utan också en rationell grund, nämligen risken för en relativ förmånsrättordning, där t ex A har bättre rätt än B men sämre än C, samtidigt som B har bättre rätt än C. Vid konkurrens mellan pantborgenär och ny ägare är emellertid läget helt annorlunda. Företräde för nye ägaren innebär där att panträtten inte alls kan göras gällande. Detta konkurrensfall är mera besläktat med dubbelförsäljning än med fall av konkurrens mellan två pantborgenärer. En analogi med reglerna om konkurrens mellan två pantborgenärer är därför icke berättigad.

Enligt min mening ankommer det på den som vill frånkänna ett inteckningsmedgivande verkan mot ny fastighetsägare att anföra något övertygande skäl för denna ståndpunkt. För egen del har jag icke blivit övertygad av vare sig jordabalksmotivens påstående att pantobjektet icke är tillräckligt specialiserat förrän pantbrev har utfärdats – denna egendomliga ståndpunkt måste väl betecknas som ett olycksfall i arbetet? – eller Hesslers utan närmare förklaring uttalade uppfattning, att det kan vara rationellt och lämpligt att konsekvent frånkänna inteckningsmedgivandet verkan mot tredje man.

9. Bedömning av abstraktionsprincipen

Tiden är nu kommen för en bedömning av abstraktionsprincipen. En central fråga är då funktionen hos det godtroskrav som i bl a svensk rätt ställes på t ex en köpare, för att han skall vara skyddad mot att fångesmannens förvärv är ogiltigt eller att fångesmannen redan tidigare sålt egendomen till någon annan.

Såvitt jag kan förstå är godtroskravet en följd av att regeln om företräde för den godtroende köparen har till syfte att skydda honom mot *dold konkurrens*. När en regel om företräde för senare förvärvare har ett annat syfte, t ex att skydda borgenärer mot skentransaktioner, har däremot ett krav på god tro ingen funktion att fylla. Tvärtom skulle ett krav på god tro i sådana situationer motverka företrädesregelns syfte. Det är således alldeles fel att uppfatta ett krav på god tro hos en förvärvare som ett utslag av en moralisk bedömning av förvärvarens handlande, så som skedde i den historiska skolan och som fortfarande tycks ske i Frankrike.

Vad är då att säga om den officiella förklaringen till abstraktionsprincipen: att ett godtroskrav leder till tvister och osäkerhet i rättslivet (omsättningen)?

Farhågorna för tvister har säkerligen delvis sin bakgrund i det myckna processande som förekom i äldre tid. Redan i början av 1700-talet – om icke ännu tidigare – klagade man över det stora antalet långvariga och »besvärliga» processer.[92] Det måste emellertid antagas att dessa processer i första hand hade andra orsaker än blotta förekomsten av ett godtroskrav. En väsentlig faktor bakom det myckna processandet torde ha varit det romerska systemet med tysta och generella panträtter, som bäddade för dold konkurrens. En annan faktor torde ha varit den just härav framdrivna utvecklingen av regler till skydd för godtroende förvärvare, med den osäkerhet som måste varit följden innan rättsläget stabiliserades. Osäkerheten i rättsläget kan till en början blott ha förstärkts genom lagstiftning om inskrivning av hypotek, ty i brist på erforderliga fastighetsböcker blev denna lagstiftning icke effektiv. Härtill kom säkerligen brister i det processuella förfarandet, som gjorde processerna långvariga. I motiven till 1722 års preussiska hypoteksordning klagade man över en process som fördes upp till kungen efter åtta år i domstolarna.[93] Brister i det processuella förfarandet bör antagligen också lastas för att processerna blev svårhanterliga (»besvärliga»).

Vad sedan beträffar frågan på vilket sätt ett godtroskrav i sig skulle leda till tvister och osäkerhet i rättslivet, kan man urskilja olika tankegångar. Enligt en tankegång, som särskilt framträder i motiven till 1872 års preussiska inskrivningslagstiftning, skulle godtroskravet leda till tvister i rena rättsfrågor: När skall god

92 Weyermann s 17. Jfr ang processernas orsak citatet i not 15 ovan samt följande ur 1722 års hypoteksordning hämtade citat (Hromadka s 51): »Und ob wohl sonsten gewöhnlich, dass in die Obligationen gesetzet worden, der Schuldner verpfände und hypothecire dem Gläubiger alles sein Vermögen, beweg- und unbewegliches; Daraus aber nur beschwerliche Processe entstanden, wenn der Schuldner die in Handen behaltene bewegliche Güter veräussert, und der Gläubiger selbige, vermöge seines generalen Pfand-Rechts, von dem Käuffer, der solche bona fide an sich gebracht, wieder zurück und für sich haben wollen; so ordnen Wir hiermit, dass hinkünftig, es sey Gerichtlich oder ausser Gerichtlich, kein Pfand-Recht in beweglichen Vermögen constituiret werden sollte, es wäre dann das Pfand dem Creditori würcklich zu Händen gestellet . . .»

93 Se föregående not.

tro föreligga? Vad innebär kravet på god tro? Etc.[94] Här kan man tycka att det skulle varit naturligt för lagstiftaren att komma rättstillämpningen till hjälp genom preciseringar istället för att radikalt avskaffa kravet på god tro. Som den tyska rätten visar är det svårt att helt klara sig utan ett krav på god tro i alla situationer, t ex om någon köper av en panthavare eller nyttjanderättshavare som påstår sig vara ägare, och då måste rättsfrågorna lösas i alla fall.[95]

En annan tankegång, som särskilt framträtt i fransk doktrin, innebär att godtroskravet skulle leda till tvister och osäkerhet på det sättet att osäkerhet om huruvida god tro förelegat i det enskilda fallet skulle leda till tvister om rena bevisfrågor.[96] Att så är fallet kan dock betvivlas. Erfarenheten från bl a svensk rätt, där ett krav på god tro hos senare köpare vid dubbelförsäljning hela tiden upprätthållits, såväl vid lös som fast egendom, ger icke stöd för antagandet att ett godtroskrav i sig skulle leda till tvister på detta sätt. Däremot ger utvecklingen i tysk och fransk rätt vid handen att domstolarna icke accepterar abstraktionen utan söker kringgå denna med bl a en extensiv tillämpning av regler om undantag vid svek eller kollusion.[97] Abstraktionen medför således endast att tvisteföremålet förskjutes något. Istället för att tvista om förekomsten av god tro tvistar man om förekomsten av svek eller kollusion. – De farhågor för en slumpmässig utgång av tvisterna på grund av vittnesbevisningens otillförlitlighet som uttalats i fransk doktrin förefaller också egendomliga mot bakgrund av att god tro hos den senare köparen hela tiden presumerats föreligga, varför det ankommit på den förste köparen att styrka förekomsten av *ond* tro.[98]

En tredje tankegång bakom talet om risk för tvister och osäkerhet i rättslivet framträder i domstolarnas tilltag att kringgå abstraktionen genom att den senare köparen i händelse av ond tro förpliktas att utgiva skadestånd, i möjligaste mån in natura.[99] Frågan är här uppenbarligen om att skydda, icke den ondtroende senare köparen personligen, utan hans godtroende successorer. Särskilt i fransk fastighetsrätt synes man tidigare ha sett en rätt till återkrav från den senare köparens godtroende successorer som en ofrånkomlig konsekvens av en rätt till återkrav från ondtroende senare köpare personligen, och ett återkrav från

94 Se ovan kapitel 5 vid not 28.
95 Se ovan kapitel 5 vid not 33.
96 Se ovan kapitel 5 not 75 f.
97 Se ovan kapitel 5 vid not 37 och not 80 ff. Jfr § 17 i den svenska växellagen, där växelförvärvare skyddas mot invändningar från gäldenären, med mindre han uppsåtligen handlat till gäldenärens förfång. Någon motsvarande utveckling har inte skett i den visserligen sparsamma rättspraxis, där detta lagrum tillämpats. Se NJA 1968 s 351, där en bank, som förutom en växel förvärvat ett till grund för denna liggande avbetalningskontrakt, ansågs kunna åberopa växeln, när denna medförde skyldighet att betala större belopp än kontraktet. Jfr ock nedan kapitel 7 vid not 198 f.
98 Se särskild Mazeaud, ovan kapitel 5 vid not 76.
99 Se särskilt ovan kapitel 5 vid not 37 och 59 samt, beträffande dissensen i NJA 1874 s 325, vid not 117.

godtroende successor har icke kunnat accepteras, bl a därför att inteckningar på grund av den senare köparens medgivande då skulle bli ogiltiga.

Såvitt jag kan förstå saknas anledning att på grund av risken för tvister och osäkerhet i rättslivet eller omsättningen – vad det nu än skall innebära – avstå från ett krav på god tro hos senare köpare vid dubbelförsäljning. När det gäller att skydda en senare köpare mot dold konkurrens är en godtrosregel en smidig lösning, som ger domstolarna möjlighet att taga hänsyn till samtliga föreliggande omständigheter. Framför allt har en godtrosregel, om den får innesluta ett krav på aktsamhet, dvs en bedömning icke blott av vad vederbörande faktiskt insett utan också av vad han bort inse, en preventiv effekt, såtillvida som den motverkar uppkomsten av konflikter. Om den senare köparen riskerar en bedömning av vad han bort inse, blir han mera angelägen att se till att allt är i sin ordning innan han ger sig in i affären. Anledning torde normalt saknas att härvid göra skillnad mellan vanlig vårdslöshet och grov vårdslöshet. – Om godtroende senare förvärvare oberoende av karaktären på hans rättighet skyddas mot dold konkurrens löser sig också problemet med den senare köparens successorer automatiskt.

Men hur skall man då förklara att såväl tysk rätt som fransk fastighetsrätt utvecklat en abstraktionsregel vid dubbelförsäljning och liknande situationer? Mitt svar på denna fråga är att abstraktionsprincipens utveckling främst bör tillskrivas den generalisering som blivit en följd av att reglerna om företräde för senare förvärvare utformats med hjälp av begrepp som »äganderätt» och »sakrätt». Man har försökt att med enhetliga regler om tredjemansskyddets inträde (förvärv av äganderätt eller sakrätt) tillgodose olika syften, bland andra behovet av skydd mot dold konkurrens. Härvid har olika omständigheter medfört att kravet på god tro, som passar endast i en regel om företräde vid inskrivningen eller besittningstagandet till skydd mot dold konkurrens, fallit bort.

I fransk rätt är denna utveckling tydlig. Låt oss återgå till situationen i droit intermédiaire,[100] då man i rättspraxis skulle avgöra om ett krav på god tro kunde ställas på den senare köparen vid dubbelförsäljning. Bakgrunden var här de olika inskrivningssystem, som i skilda syften utvecklats tidigare. Där fanns visserligen systemet med inskrivning av äganderättsförvärv och hypotek i pays de nantissement, vari god tro krävdes av senare köpare vid dubbelförsäljning, men där fanns också det gamla systemet med insinuation av gåvor och det nya systemet med inskrivning av hypotek. I de båda senare fallen krävdes icke god tro av senare förvärvare. Insinuation av gåvor hade bl a till syfte att skydda borgenärer mot skentransaktioner och vad inskrivningen av hypotek beträffar så ville man komma bort från de romerska hypoteken. Kanske hade man också på känn att ett krav på god tro där skulle kunna åstadkomma oreda i förmånsrättsordningen. Möjligen inverkade också det fiskala intresset av inskrivningsavgifter till att inskrivningsplikten gjordes absolut. – Utgången i det rättsfall som avgjorde frågan (år XIII–1804) motiverades med att äganderätten i brist på

100 Se ovan kapitel 5 vid not 62 ff och kapitel 6 vid not 47.

inskrivning icke övergått på den förste köparen, varjämte denne klandrades för att han icke varit lika vaksam som sin konkurrent. Den förra synpunkten ger uttryck just för den förut omtalade generaliseringen av regler med olika syften, den senare torde man få se som en anknytning till reglerna om inskrivning av hypotek. – Vid tolkningen av 1855 års inskrivningslag, som skulle befästa huvuddragen i den senare utvecklingen, åberopades framför allt att god tro icke krävdes i systemet med insinuation av gåvor.

Vad den tyska rätten beträffar måste det vara tillåtet att betrakta hela läran om det abstrakta sakrättsliga avtalet som en generalisering av ovannämnt slag. Först därigenom blev sakrättsbegreppet riktigt »absolut». Påfallande är också den generalisering som förekom beträffande begreppet »panttitel» och olika konkurrensfall i 1843 års preussiska rättsfall samt den däri uttryckta uppfattningen av pantborgenärens inskrivning som en akt av verkställighet.[101] Också 1872 års preussiska inskrivningslagstiftning kan ses som en generalisering av ett »abstrakt», dvs icke-accessoriskt fastighetshypotek till läran om äganderättsförvärv.[102]

Bidrag till abstraktionsprincipens utveckling lämnades uppenbarligen också av den historiska skolans förnekande av köpares rätt till naturaprestation och framhållande av säljarens viljefrihet samt dess angrepp på vad som uppfattades som naturrättsligt moraliserande.[103]

Säkerligen förekom också impulser från fransk rätt till tysk och vice versa. Nämnas kan t ex å ena sidan att motiven till 1872 års preussiska inskrivningslagstiftning just ifråga om godtroskravet åberopade Flandins tolkningar av 1855 års franska lag,[104] å andra sidan att ett intensivt, men resultatlöst, franskt reformarbete under slutet av 1800-talet inriktades på en reform med den preussiska lagstiftningen som förebild.[105]

101 Se ovan vid not 28 ff.
102 Se ovan kapitel 5 vid not 26.
103 Se ovan kapitel 5 vid not 18 ff.
104 Werner II s 15 spalt 1.
105 Se t ex Magnins företal. Jfr översikten över utredningar i ämnet hos densamme i bibliografien på s VIII ff.

KAPITEL 7. FÖRVÄRV AV NYTTJANDERÄTT PRINCIPEN »KÖP BRYTER LEGA»

1. Inledning

Principen »köp bryter lega» har sitt ursprung i den romerska rätten. Den recipierades tillsammans med romersk rätt i allmänhet under slutet av medeltiden i stora delar av Europa. Sedan mitten av 1700-talet har den emellertid åter trängts undan. På vissa håll har den helt avskaffats, på andra håll har den underkastats långtgående begränsningar.

Uttrycket »köp bryter lega» anger att en nyttjanderätt icke gäller mot den som genom köp förvärvar den utlejda egendomen. Uttrycket är på flera sätt missvisande.[1] Dels har den genom satsen uttryckta regeln icke varit begränsad till överlåtelse genom köp, utan den har gällt vid varje slag av överlåtelse. Dels har i varje fall den dominerande uppfattningen varit att nyttjanderätten icke brutits genom själva överlåtelsen utan att nye ägaren haft möjlighet att motsätta sig fortsatt nyttjande i enlighet med nyttjanderättsavtalet. Trots påpekanden om dessa – i och för sig praktiskt mindre betydelsefulla – förhållanden har den slagordsmässiga formuleringen »köp bryter lega» och dess varianter levt vidare, och jag tvekar därför icke att begagna den som rubrik på detta kapitel och i övrigt i mitt arbete som beteckning på de regler som inneburit att ett nyttjanderättsavtal icke varit lika bindande för ny ägare som för upplåtaren.

En framställning av principens ursprung, utveckling och funktion kan icke ske enbart med inriktning på förhållandet mellan nyttjanderättshavaren och den nye ägaren. Det är nödvändigt att också medtaga en redogörelse för förhållandet mellan nyttjanderättshavare och upplåtare. I den romerska rätten motsvarades ny ägares möjlighet att utan hänsyn till nyttjanderättsavtal taga egendomen från nyttjanderättshavaren av möjlighet för upplåtaren att vägra naturaprestation. De problem som principen »köp bryter lega» skapat genom århundradena har haft sin grund däri, att en tilltagande partsbundenhet för upplåtaren icke utan vidare kunnat utvecklas till bundenhet för ny ägare. Principen »köp bryter lega» har uppmärksammats på grund av kontrasten mellan upplåtarens bundenhet och nye ägarens obundenhet. Ju starkare – och längre! – upplåtaren varit bunden, desto märkligare har det förefallit att ny ägare genast kunnat återtaga egendomen.

Även detta kapitel har två syften. Dels vill jag visa hur principen »köp bryter lega», som haft sin största betydelse i fastighetsrätten, i äldre tid utgjort en teknik att medge förtida upplösning av långvariga nyttjanderättsavtal genom

[1] Jfr Jüttner s 18 f.

försäljning av egendomen, och hur i modern tid tekniken för tillgodoseende av berörda intressen i samband med en övergång till formellt kortfristiga nyttjanderättsavtal blivit en helt annan. Dels vill jag visa hur inflytande från tysk doktrin (abstraktionsprincipen) under senare delen av 1800-talet och början av 1900-talet lett till ett bevarande av principen »köp bryter lega» och därmed av indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter i den svenska rätten, framför allt ifråga om lös egendom.

2. Nyttjanderätt i den romerska rätten

Hyra och arrende omfattades i den romerska rätten av institutet *locatio conductio.*[2] Locator var upplåtare och conductor var hyresgäst eller arrendator. Conductors ställning var i olika hänseenden svag och osäker. För det första hade han icke rätt till naturaprestation. Ville locator icke låta honom tillträda nyttjanderätten hade han endast rätt till ersättning för sin skada i pengar. För det andra hade conductor, när han väl tillträtt nyttjanderätten, icke besittning i juridisk mening – *possessio* – utan blott s k *detentio.* Locator hade fortfarande den juridiska besittningen. Detta förhållande medförde att conductor – i varje fall i klassisk romersk rätt – icke kunde motsätta sig ett återtagande av egendomen, om locator åberopade sin besittning (possessio). Sådant återtagande kunde ske helt godtyckligt och locator kunde välja mellan rättsliga medel och våld. Frånkännandet av possessio innebar också att conductor icke hade någon självständig rätt att hindra tredje man från besittningskränkningar; i sådana fall var conductor helt hänvisad till det skydd locator kunde bereda honom genom att göra sin besittning gällande. Locator var dock skyldig att betala skadestånd till conductor om nyttjanderätten icke kunde utövas. Skadeståndet utkrävdes i en *actio conductio,* som var en actio in personam. Vitesbestämmelser förekom.

I vissa fall var locator icke skyldig att ersätta conductor hans skada, nämligen om egendomen återtogs därför att legoavgiften icke erlagts, om ägaren själv behövde egendomen, om egendomen måste repareras eller om egendomen utnyttjades i strid mot nyttjanderättsavtalet.

I den justinianska rätten synes conductor ha varit mer skyddad mot locators godtycke än i klassisk romersk rätt, dels genom att våld icke längre kunde användas vid återtagande – locator drabbades i så fall av straff – dels därför att conductor vid försök till återtagande med rättsliga medel synes ha kunnat göra invändningar, grundade i nyttjanderättsavtalet, nämligen om han hade en »iusta et probabilis causa non reddendi».[3] Vad »iusta et probabilis causa» verkligen innebar har emellertid funnits olika meningar om. Det har hävdats att endast

[2] Locati conductio kunde även avse arbetsbeting (locatio conductio operis) eller tjänstelega (locatio conductio operarum). Se Schwind s 320 ff. – Framställningen av reglerna om locatio conductio i den romerska rätten grundas i övrigt på Genius s 21 -44, Jüttner s 20–32 och Fischer s 312–330. Jfr Kaser I § 132.
[3] Genius s 33.

särskilda omständigheter utgjort grund för en sådan invändning, t ex att conductor ej erhållit ersättning för nedlagda kostnader eller att conductor varit sjuk. Men även den uppfattningen förekommer, att hyresavtalet som sådant utgjort tillräcklig grund för en invändning om »iusta et probabilis causa».

En överlåtelse av den nyttjade egendomen – t ex försäljning – påverkade icke i och för sig nyttjanderättsavtalet i den romerska rätten. Locator var såsom förut skyldig att tillse att conductor kunde nyttja egendomen enligt avtalet och conductor var såsom förut skyldig att betala legoavgiften till locator. Något rättsförhållande mellan den nye ägaren och conductor uppstod icke. Den nye ägaren kunde emellertid – sedan han förvärvat besittningen (possessio) – utan vidare beröva conductor hans detentio. Conductor hade i sådant fall icke någon rätt mot den nye ägaren utan fick blott rätt till skadestånd från locator. Detta var en konsekvens av att conductor icke hade actio in rem utan blott actio in personam. Man har dock antagit att conductor, i de fall där äganderättsförvärvet förutsatte tradition – nämligen vid köp – åtminstone i den justinianska rätten kunde genom sin detentio förhindra att köparen fick besittning och äganderätt. I andra fall, där tradition icke krävdes, var conductor emellertid oskyddad mot ny ägare.

Conductors nyttjanderätt kunde skyddas - ehuru bristfälligt – genom att locator gjorde förbehåll om nyttjanderätten vid försäljning av egendomen. Visserligen uppkom härigenom inte någon rätt för conductor mot den nye ägaren, men denne kunde ändå väntas respektera nyttjanderätten eftersom förbehållet gjorde honom gentemot locator ansvarig för conductors skada. Förbehållet medförde alltså regressrätt för locator mot den nye ägaren, för den händelse conductor i anledning av nyttjanderättens upphörande krävde locator på skadestånd.

Conductors svaga och osäkra ställning anses ha haft samband med hyresgästers och arrendatorers låga sociala ställning i det gamla Rom, där det rikare sociala skiktet ägde hyreskaserner, i vilka det fattiga proletariatet inhystes på hårda villkor, och jordegendomar, där arrendatorerna intog en beroende ställning till jordägaren.[4]

Betydelsen av locatio conductio minskade i senklassisk tid. Istället framträdde andra nyttjanderättsformer med olika ändamål: ususfructus, superficies och emphytevsis, vilka samtliga utrustades med actio in rem.

Ususfructus innebar rätt att nyttja och uppbära avkastningen av beständig egendom (egendom som icke konsumerades). Denna nyttjanderättsform skall ha uppstått i testamentsrätten genom att arvlåtare testamenterade livstids nyttjanderätt till närstående personer. Utvecklingen av ususfructus till en sakrätt, dvs en rätt med actio in rem, fullbordades först i den justinianska rätten. Vid sidan av ususfructus utbildades också en nyttjanderätt som kallades »quasi ususfructus» och avsåg obeständig egendom, t ex hela förmögenheter.[5]

4 Jfr Fischer s 350 ff med not 128.
5 Schwind s 234 ff.

Superficies var en slags tomträtt, som först tillkom genom upplåtelser från staten av mark för bebyggelse men sedan också begagnades i avtal mellan enskilda personer. Utbildningen till en sakrätt skedde i justiniansk tid.[6]

Emphytevsis innebar i början långfristig upplåtelse av mark för jordbruksändamål. Till en början ifrågakom också här endast allmän mark, men senare utvidgades institutet till att avse även enskild mark. Emphytevsis stod så nära köpet att man tvistade om huruvida det var köp eller nyttjanderätt. Hos glossatorerna utbildades ur emphytevsis distinktionen mellan »dominium directum» och »dominium utile».[7]

3. Locatio conductio hos glossatorer och postglossatorer

Den romerska rättens regler om locatio conductio övertogs och utvecklades av glossatorer och postglossatorer.[8] Även dessa förvägrade conductor rätt till naturaprestation och besittning i juridisk mening. Endast detentio ansågs tillkomma conductor.

I vissa avseenden försämrades till och med conductors rätt. Detta skedde dels genom att locator åter ansågs berättigad att återtaga egendomen med våld, dels genom att glossatorer och postglossatorer i ökad utsträckning godtog traditionssurrogat, vilket innebar att conductor icke längre kunde hindra tradition till den nye ägaren efter överlåtelse av egendomen. En försämring av conductors ställning följde också av en mera restriktiv tolkning av begreppet »iusta et probabilis causa», som av vissa författare ansågs medföra endast retentionsrätt för av conductor nedlagda kostnader på egendomen.

I andra avseenden gjordes emellertid försök att skapa ett bättre skydd för conductor. Glossatorerna skapade med utgångspunkt i reglerna om superficies en sakrättslig »locatio ad longum tempus», som innebar att conductor i långvariga hyres- och arrendeförhållanden (mer än 9 år) fick actio in rem och possessio. Hos postglossatorerna diskuterade man huruvida en pantsättning kunde skydda conductor. Tanken härpå anses härstamma från Bartolus. Man var emellertid osäker på om pantsättningen skulle skydda själva detentio eller blott utgöra säkerhet för conductors krav på skadestånd om nyttjanderätten bröts. Postglossatorerna försökte sig också på att ge conductor ett visst besittningsskydd mot locator dels genom en analogi från den kanoniska rätten, varigenom conductor tillerkändes s k *actio spolii,* som gav besittningsskydd för detentor, dels genom en begränsning av locators återtaganderätt till de fyra fall, där locator tidigare kunnat återtaga egendomen utan skadeståndsskyldighet, alltså underlåten betalning, eget behov av egendomen, nödvändig reparation och avtalsstridigt nyttjande.

6 Schwind s 240.
7 Schwind s 240 ff. Jfr ovan kap 4 vid not 2 och not 5.
8 Framställningen bygger här helt på Genius s 45–56 och 69–89.

4. Tysk rätt

a) Utvecklingen intill 1888 års BGB-förslag

I den germanska rätten[9] växte begreppen hyra och arrende (Miete, Pacht) fram under 1100- och 1200-talen. I stora områden var nyttjanderättshavarens ställning stark. Ägaren kunde inte återtaga egendomen under avtalets löptid och nyttjanderättshavaren var skyddad såväl mot tredjemans besittningskränkningar som mot ny ägares krav på utlämnande. Köp bröt alltså i dessa områden inte lega. Hyra och arrende anses här ha vuxit fram ur en äldre, ärftlig nyttjanderättsform, s k Erbleihe.

I olika mindre områden var emellertid hyresgästers och arrendatorers ställning lika svag och osäker som i den romerska rätten. Ägaren kunde när som helst här återtaga egendomen och ny ägare var naturligtvis inte sämre ställd. Här bröt köp lega. Huruvida man i dessa områden hade att göra med en ursprunglig germansk regel, grundad i sociala förhållanden, eller tidig reception av romersk rätt synes icke vara klarlagt.[10]

Med receptionen av romersk rätt i Tyskland under 1400- och 1500-talen, då Corpus iuris recipierades »in complexu», bredde principen »köp bryter lega» ut sig i stora områden, där den germanska rätten förut haft motsatt regel. Endast på vissa ställen, t ex i Hamburg, bevarades den germanska regeln »köp bryter *inte* lega».

I usus modernus[11] härskade alltså den romerska principen »köp bryter lega». Den redan hos glossatorerna märkbara tendensen att på olika sätt stärka conductors ställning var emellertid i usus modernus än mera påtaglig. Framför allt stärktes conductors ställning gentemot *upplåtaren,* locator. Viktigast var här att man slutligt tillerkände conductor rätt till naturaprestation, vilket innebar att locators rätt till återtagande begränsades till de förut nämnda fyra fallen (underlåten hyresbetalning etc) och att locator icke längre kunde välja mellan att leverera egendomen till nyttjande och skadeståndsskyldighet. Conductors intressen tillgodosågs också genom att han tillerkändes rätt till uppsägningstid. Locators rätt att återtaga egendomen med våld avskaffades också. Återtagande måste nu i förekommande fall ske med rättsliga medel. Locator som gjorde sig skyldig till våldsamt återtagande drabbades av straff. Dessutom kunde conductor

9 Vad här sägs om den germanska rätten bygger i första hand på Genius s 101–114. Jfr Jüttner s 33–39 och Fischer s 355–378.

10 Se närmare Genius s 109 ff. Enligt vissa medeltida källor kunde vardera parten mot erläggande av vite eller skadestånd, ibland bestämt till ett års legoavgift, före den bestämda tidens utgång bryta avtalet. Ville ägaren själv bruka sin egendom kunde han slippa skadeståndsskyldighet. Se vidare Gierke III s 511 not 12. Jfr Fischer s 375 ff med hänvisningar till von Brünneck och Stobbe. Jfr ock möjligheten att mot förlust av »städjan» bryta lega enligt vissa svenska landskapslagar, nedan vid not 123.

11 Vad här sägs om usus modernus bygger i första hand på Genius s 140–167. Jfr Jüttner s 42 ff samt Fischer s 378–393.

med hjälp av actio spolii (Spolienklage) få besittningsrestitution. Enligt härskande mening var det dock fortfarande locator som hade possessio. Conductors innehav av egendomen betraktades blott som detentio. Tendenser till en sammanslagning av begreppen possessio och detentio gjorde sig dock gällande, särskilt när detentio – såsom vid hyra och arrende – hade en rättsgrund.[12]

Den grundläggande synen på inverkan av ett köp på nyttjanderättsavtalet förändrades icke i usus modernus. Den härskande meningen var alltjämt att nyttjanderättsavtalet icke i och för sig påverkades av en överlåtelse av egendomen: conductor var liksom före överlåtelsen skyldig att fullgöra sina åtaganden mot locator och denne sina mot conductor. Mellan köparen och conductor uppstod icke några rättsliga relationer och köparen var därför icke skyldig att respektera nyttjanderätten. Som motivering härför anfördes icke blott den formella synpunkten att köparen icke stod i något avtalsförhållande till conductor. Man framhöll också att köpet var ett viktigare avtal än hyra, en uppfattning som väl var ett uttryck för den romerska äganderättsuppfattningen.[13]

Enligt en av ett mindre antal författare företrädd mening var det icke på detta vis man borde se förhållandet mellan nyttjanderättshavaren och den nye ägaren. De hävdade att det istället var så att överlåtelseavtalet som sådant bröt nyttjanderätten. Detta var den s k *ipso-iure-teorien.* Huruvida skillnaden i betraktelsesätt hade några praktiska konsekvenser är dock ovisst. Mot nye ägaren hade nyttjanderättshavaren överhuvudtaget inga förpliktelser och enligt Genius säger källorna intet om att han genom ipso-iure-teorien skulle blivit i större utsträckning än eljest befriad från sina förpliktelser mot upplåtaren.[14]

Något verkligt skydd mot köparen ansågs conductor ej heller i usus modernus få genom förbehåll om nyttjanderättens bestånd vid överlåtelse av egendomen. Ett sådant förbehåll ansågs fortfarande enligt härskande mening blott ha den verkan att locator fick regressrätt mot den nye ägaren, för den händelse han blev skyldig att utgiva skadestånd till conductor, sedan den nye ägaren brutit nyttjanderättsavtalet. Läget förändrades icke av ett »pactum de non alienando» mellan locator och conductor, dvs ett avtal om att egendomen inte skulle avyttras. Ett sådant avtal ansågs ej binda tredje man, ej ens om det bekräftats med ed. Om ett pactum de non alienando förekom tillsammans med en pantsättning tillerkändes det emellertid den verkan att en överlåtelse i strid med avtalet blev ogiltig. Avtal om panträtt i övrigt ansågs enligt härskande uppfattning blott ge conductor retentionsrätt till säkerhet för skadestånds-

12 Jfr Windscheid-Kipp I § 162 a.
13 Jfr ovan kapitel 3 vid not 1 och not 14 f samt nedan vid not 18.
14 Genius s 148 f.

anspråk om den nye ägaren bröt avtalet. I denna fråga förekom dock olika meningar.[15]

Omdiskuterat var också huruvida conductor kunde göra sin rätt gällande i locators konkurs och om en exekutiv försäljning bröt nyttjanderätten. Ifråga om exekutiv försäljning synes en äldre uppfattning att köpet här icke bröt legan senare ha förbytts i sin motsats.[16]

Om således conductors ställning i usus modernus i vissa avseenden förstärktes förekom å andra sidan en försvagning därigenom att locatio ad longum tempus icke längre gav något särskilt skydd. Vid sidan av locatio conductio accepterades dock de långt mera skyddade ususfructus, superficies och emphytevsis.

Nämnas bör också den akademiska strid som utbröt i slutet av 1600-talet, då en professor Zoll i strid mot härskande uppfattning försökte skydda conductor genom att åberopa den romerska satsen »nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet». Zoll gick dock till överdrift och grundade sin mening på ohållbara tolkningar av materialet. Debatten fick därför icke någon inverkan på rättspraxis. Zoll hade dock väckt intresse för conductors ställning i doktrinen och debatten följdes av en rad vetenskapliga arbeten i ämnet under 1700-talet.[17]

Enligt den romerska rättens synsätt innebar en upplåtelse av nyttjanderätt icke att ägaren begränsades i sin äganderätt. Äganderätten bestod enligt romersk uppfattning ograverad och egendomen kunde oberoende av nyttjanderättsupplåtelsen överlåtas utan belastningar. I detta synsätt medförde den under 1600- och 1700-talen utvecklade naturrättsliga avtalsläran en revolutionerande förändring. Enligt den naturrättsliga läran kunde äganderätten uppdelas i befogenheter och varje befogenhet överlåtas på någon annan såsom en begränsad rätt. Man tänkte sig då att äganderätten i motsvarande mån begränsades. Genom detta synsätt fick den romerska satsen »nemo plus iuris etc» en helt annan aktualitet för conductor än den tidigare haft. Med utgångspunkt i den naturrättsliga avtalsläran kunde denna sats åberopas för ett skydd mot ny ägare. Vad upplåtaren en gång avhänt sig, alltså befogenheten att nyttja, kunde han enligt detta resonemang inte avhända sig en gång till genom en försäljning av egendomen utan förbehåll om nyttjanderättens bestånd. Från Grotius via Pufendorf och Wolff utvecklades på denna grund uppfattningen att hyra och arrende var sakrätter, så snart de förenats med besittning. Enligt den »naturliga rätten» bröt köp *inte* lega.[18]

15 Genius s 156 ff. Jfr ang nederländsk rätt Genius s 126 ff och ang italiensk rätt Genius s 83 f. I italiensk rätt erkände man tre typer av invändningar mot ny ägare: Nyttjanderättshavaren var skyddad om rätten till legoavgift övergått på den nye ägaren, om förvärvaren haft kännedom om nyttjanderätten (i vilket fall man ansåg tyst godkännande föreligga) samt då det förelåg ett pactum de non alienando i förening med antingen en edlig försäkran eller en pantförskrivning.

16 Jüttner s 45.

17 Genius s 159 ff.

18 Genius s 170 ff, särskilt s 178 f. Jfr Jüttner s 48 ff samt Fischer s 333 och 429.

Den naturrättsliga doktrinen hade föga inflytande på rättspraxis.[19] Däremot fick den stor betydelse i arbetet på de stora lagkodifikationer, som genomfördes i slutet av 1700-talet och början av 1800-talet: den preussiska ALR, den franska Code civil och den österrikiska ABGB.[20] Naturrättens klassificering av hyra och arrende som sakrätter upptogs med alla sina konsekvenser i den preussiska ALR och principen »köp bryter *inte* lega» – som i Preussen införts redan 1765[21] – kom därigenom att gälla i större delen av Tyskland under hela 1800-talet. Icke ens 1872 års preussiska inskrivningslagstiftning gjorde någon ändring häri, trots att denna lagstiftning i övrigt innebar en seger för dem som hävdade att sakrätt i fast egendom skulle förvärvas genom inskrivning och icke genom besittningstagande. Skälen till att det med sakrätten följande besittningsskyddet för arrende och hyra bevarades i 1872 års inskrivningslagstiftning var sociala. Ett återinförande av den romerska regeln ansågs skola

»eine so tief in alle sozialen Verhältnisse einschneidende und so bedenkliche Neuerung sanktioniren, dass die ärgsten Störungen daraus hervorgehen könnten. Von der Eintragung dieser Rechte muss also abgesehen werden, sie behalten durch den Besitz ihre dingliche Wirkung.»[22]

Under 1800-talet[23] togs i gemeines Recht ytterligare steg mot en förstärkning av conductors ställning, nu främst i förhållande till ny ägare. Sätten var flera, ehuru naturligtvis icke allmänt tillämpade eller obestridda. Följande kan nämnas: Conductor gavs möjlighet till skydd mot ny ägare genom inskrivning i fastighetsböcker, såvitt gällde nyttjanderätt till fast egendom. Förbehåll om nyttjanderättens bestånd vid överlåtelse tillerkändes större verkan än tidigare, så att de kunde åberopas av conductor direkt mot den nye ägaren.[24] Locator ansågs skyldig att göra sådant förbehåll och conductor kunde till och med hos domstol utverka ett förbud mot överlåtelse utan förbehåll.[25] Besittningsskyddet förstärktes, så att conductor genom sin detentio bl a synes ha fått möjlighet att

19 Ang naturrättens betydelse i detta sammanhang se Genius s 168 ff.
20 Se Genius s 189–212. Jfr Jüttner s 50–60.
21 Genom ett s k »Hofreskript» av Fredrik den II. Se Genius s 196.
22 Werner II s 20. Genom lagstiftning 1877 – Reichscivilprocessordnung – hade nyttjanderätt till lös egendom skyddats mot utmätning för ägarens gäld under förutsättning att egendomen kommit i nyttjanderättshavarens besittning. Se Fischer s 389 och Dernburg I § 291 not 18. Jfr Motiven II s 386.
23 Ang utvecklingen under 1800-talet se Fischer s 378–417. Jfr Jüttner s 42–48.
24 Se t ex Dernburg, Pandekten II § 111 not 32. Å andra sidan förnekades detta av t ex Windscheid II § 400 not 7 vid gamma. Jfr Jüttner s 44 f.
25 Se t ex Windscheid II § 400 not 7 vid beta. Se ock Fischer s 385 f och Eck s 231 samt Jüttner s 44.

motsätta sig den för en köpare nödvändiga traditionen.[26] Man tolkade ett faktiskt respekterande av nyttjanderätten från den nye ägarens sida som en förnyelse av nyttjanderättsavtalet mellan conductor och honom. Conductor gavs rätt att själv draga sig ur avtalet om icke den nye ägaren på förfrågan förklarade sig villig att respektera nyttjanderätten.[27]

Utvecklingen var emellertid splittrad, framför allt genom den romanistiska historiska skolans inflytande på doktrin och lagstiftning. Den romanistiska historiska skolan med Savigny i spetsen arbetade för en renodling av principen »köp bryter lega» och således för ett avskaffande av de tidigare införda begränsningarna i principen: rätten till naturaprestation, uppsägningstid, pantförskrivning av egendomen, besittningsskydd etc.[28] Dessa strävanden grundades i huvudsak på uppfattningen att nyttjanderätten var en obligatorisk rätt.[29] Nyttjanderättsupplåtelsen konstruerades teoretiskt som icke *en* viljeförklaring från upplåtarens sida utan *en ström* av viljeförklaringar, en ström som när som helst kunde avbrytas.[30] Även ändamålssynpunkter förekom dock. Bland dessa märkes uppfattningen, att det skulle vara obilligt mot ägaren om han på grund av sin tidigare nyttjanderättsupplåtelse gick miste om möjligheten att sälja egendomen på fördelaktiga villkor utan nyttjanderätt,[31] samt uppfattningen att det skulle vara hämmande för omsättningen om långvariga nyttjanderätter gavs skydd mot ny ägare. Sistnämnda synpunkt förekom bl a hos Kuntze, som av Fischer refereras på följande sätt:

»dingliche Miethen und Pacht seien ein *schwerer Hemmschuh für die Verkehrsbewegung der Güter* selbst. Der moderne Verkehr dränge nach möglichster Freiheit des Umlaufs der Güter, werde *der längeren Dauer* der Mieth- und Pachtverhältnisse immer abholder, daher die durch Kaufsübertragung gefährdeten Interessen immer weniger belangreich sein dürften.»[32]

26 Jfr Ziebarth s 1 ff. Mot skydd för nyttjanderättshavaren hade bl a Gesterding argumenterat i »Lehre vom Eigenthum» (1817). Enligt Dernburg senior tog Gesterding dock »immer den römischen Mantel vors Gesicht um über die Erzschelmerei nicht zu erröten», se Abhandlungen (1849) s 9, här citerat efter Ziebarth s 4 f.

27 I Sachsen, t ex, blev ny ägare bunden av nyttjanderätten om han icke begagnade första tillfället att säga upp avtalet, Jüttner s 60 ff. Så också den österrikiska ABGB 1811 och den schweiziska Obligationenrecht 1881, se Jüttner s 57 ff och s 88 f.

28 Jüttner s 47 f. Fischer s 379 f och 386 med hänvisningar.

29 Se Fischers redogörelse för doktrinen s 330 ff med hänvisningar.

30 Se Fischers redogörelse s 336 f med hänvisningar.

31 Wendt (1883), se Fischer s 346 med hänvisning. Jfr Genius s 174, där denna uppfattning uppges ha framförts redan av Titius år 1703.

32 Kuntze i Holzschuhers Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts III § 299 (s 882), här citerad efter Fischer s 347, därav det indirekta talet. Min kursivering.

Man påpekade också att nyttjanderättshavarna klarat sig bra utan tredjemansskydd.[33] Savigny gick till och med så långt att han bestred att det skulle finnas något behov av skydd för arrende och hyra vid överlåtelse av egendomen.[34]

Den romanistiska historiska skolans teorier stod dock icke oemotsagda. Germanistiskt inspirerade rättsvetenskapsmän utsatte dem för ingående kritik. Ett försök att konstruera hyra och arrende som sakrätter även i gemeines Recht gjordes av Ziebarth, som menade att det avgörande kriteriet på en sakrätt var rätten till realexekution.[35] Ziebarths uppfattning fick dock inte någon större praktisk betydelse. Andra rättsvetenskapsmän menade att det var svårt att förstå varför hyra och arrende nödvändigtvis måste vara obligatoriska rättigheter utan possessio, när man samtidigt erkände långvariga nyttjanderätter som usufructus, superficies och emphytevsis som sakrätter.[36] Man påpekade också att en hänvisning till distinktionen mellan sakrätter och obligatoriska rättigheter blott var en omskrivning av problemet och att frågan om nyttjanderättshavarens besittningsskydd var ett socialt och ekonomiskt problem, icke ett logiskt och dialektiskt.[37] Den romerska regeln förklarades med de sociala förhållandena i det gamla Rom, samtidigt som man påpekade att det aktuella läget i Tyskland var helt annorlunda.[38] Konstruktionen av nyttjanderättsupplåtelsen som en ström av viljeförklaringar som när som helst kan avbrytas betecknades som en karikatyr av de verkliga förhållandena. Härtill anmärkte Fischer att »Kartoffeln pflanzt der Pächter doch auf dem Acker und nicht auf dem Willen des Verpächters».[39] Geller gycklade med den »vetenskapliga» förklaringen av principen »köp bryter lega» genom att erinra om anekdoten om läkaren som först hade förutsagt en patients snara död men senare mötte honom livs levande och vid bästa hälsa och då bemötte sina belackare med förklaringen: »Wissenschaftlich ist und bleibt der Mann todt».[40]

b) 1888 års BGB-förslag

1888 års BGB-förslag var i hög grad påverkat av den romanistiska historiska skolans doktrin. Icke minst gällde detta den här aktuella frågan. Förslaget

33 Bruns, Die Besitzklagen (1874). Se Fischer s 347 med hänvisningar.
34 Savigny s 130 menade att nyttjanderättshavaren är tillräckligt tillgodosedd genom sitt skadeståndsanspråk. Jfr Fischer s 331 not 72 med hänvisning. Jfr ock ovan kapitel 5 not 19 (Eisfeld s 22).
35 Ziebarth, Die Realexecution und die Obligation (1866).
36 Dernburg senior, se Fischer s 335 med hänvisning. Schlossmann och Rückert, se Fischer s 339 med hänvisningar.
37 Dernburg, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes (1883), se Fischer s 342 med hänvisning.
38 Eck s 237 f.
39 Fischer s 338.
40 Citat av Geller, se Fischer s 338 med hänvisning.

innebar nämligen en återgång till principen »köp bryter lega» även för den större del av Tyskland, där motsatt regel gällt sedan drygt etthundra år.[41] Här mötte dock förslaget en så häftig kritik att en omarbetning blev nödvändig. Jag skall först lämna en redogörelse för innehållet i själva förslaget och dess motivering och sedan referera den diskussion om principen »köp bryter lega» som förslaget föranledde på den 19 tyska juristdagen samma år (1888). Slutligen skall jag citera ett uttalande av den mot förslaget allmänt kritiske Gierke, som helt bestred hållbarheten i förslagets motivering för en återgång till den romerska principen. Gierkes uttalande får representera den intensiva och, såsom det sagts, med sällsam enighet framförda kritik som mötte förslaget om en återgång till principen »köp bryter lega» i press och litteratur.[42]

1888 års förslag innebar att innehavare av *nyttjanderätt till fast egendom* icke skulle ha något som helst skydd mot ny ägare, bortsett från en kortare uppsägningstid: tre månader för hyra och sex månader för arrende. Nyttjanderätten skulle varken kunna inskrivas i fastighetsboken eller ha besittningsskydd.[43]

Till grund för förslaget låg uppfattningen att »sakrätt» i fast egendom skulle förutsätta inskrivning i fastighetsboken. Denna grundläggande princip, som här genomfördes mera konsekvent än i 1872 års preussiska inskrivningslagstiftning, motiverades med allmänna överväganden om behovet av säkerhet och klarhet i omsättningen.[44] Av inskrivningsprincipen följde att man antingen kunde ha en sakrättslig konstruktion av hyra och arrende, varvid inskrivning i fastighetsboken skulle vara en förutsättning för sakrättslig kvalitet, eller en obligatorisk konstruktion, som till konsekvens hade principen »köp bryter lega». Den preussiska rättens konstruktion av hyra och arrende som sakrätter så snart de förenats med besittning förklarades strida mot principerna för inskrivningsväsendet.[45]

41 I slutet av 1800-talet skall principen »köp bryter lega» ha gällt i endast en tredjedel av Tyskland. Se t ex Eck s 240 och Brunner, Verh III s 38.

42 Brunner, Verh III s 36: »Von allen Bestimmungen, die der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs enthält, hat keine eine so starke volksthümliche Gegenströmung erzeugt als die Anerkennung des Grundsatzes: Kauf bricht Miethe. Mit seltener Uebereinstimmung haben sich Presse und Literatur in diesem Punkte gegen den Entwurf ausgesprochen, nicht nur Stimmen, die ihm die ungenügende Berücksichtigung des deutschen Rechtes schlechthin zum Vorwurf machen, sondern auch solche, die im Allgemeinen des Lobes über den Entwurf voll sind. – Auch die Kreise der Interessenten haben sich geregt, zwar nicht die Hausbesitzer und Häuserspekulanten, wohl aber die Vereine der Wohnungsmiether. Die Streitfrage ist in der öffentlichen Discussion so eingehend besprochen worden, dass es für den Referenten schwer ist, Neues zu sagen und ihm kaum etwas anderes übrig bleibt, als eine offene Thür einzustossen.» – Jfr Jüttner s 63 ff och Genius s 18.

43 § 509 i förslaget. Se Jüttner s 62 f.

44 Motiven III s 161 f.

45 Motiven II s 384.

Som skäl mot en sakrättslig konstruktion med krav på inskrivning för att rättigheten skulle gälla mot tredje man åberopades att antingen skyddet för rättigheten inte skulle bli effektivt – till följd av besvär och kostnader med inskrivningen, eller, om man krävde tillstånd av fastighetsägaren för inskrivning, genom att ägaren utnyttjade sin starkare ställning till att vägra inskrivning – eller inskrivningsböckerna skulle belamras med inskrivningar av arrende och hyra. Dessutom skulle, framhöll man i motiven, undantag ändå få göras för fall av exekutiv försäljning. Vidare framhölls som nackdel med ett skydd för nyttjanderättshavaren mot ny ägare att det då skulle bli nödvändigt med invecklade bestämmelser om den nye ägarens rättigheter och skyldigheter gentemot nyttjanderättshavaren.

Förslagets författare ansåg ej heller riskerna med den föreslagna ordningen överhängande. Upplåtarens skyldighet att betala skadestånd om nyttjanderätten bröts skulle, menade man, vara ett starkt incitament att göra förbehåll om nyttjanderättens bestånd vid överlåtelse av fastigheten – ett förbehåll som här skulle ge nyttjanderättshavaren ett anspråk mot den nye ägaren. Slutligen hänvisades den nyttjanderättshavare som icke ansåg sig tillräckligt skyddad av lagen till att vid ingående av nyttjanderättsavtalet betinga sig panträtt i fastigheten till säkerhet för sitt anspråk på skadestånd vid försäljning utan förbehåll om nyttjanderättens bestånd.[46]

Om satsen »köp bryter inte lega» måste avböjas ifråga om fast egendom kunde den enligt motiven ännu mindre erkännas vid *nyttjanderätt till lös egendom.* Sådan nyttjanderätt skulle emellertid, framhöll man, på det sättet vara skyddad mot ny ägare, att upplåtaren icke kunde åstadkomma tradition till den nye ägaren, så länge nyttjanderättshavaren »innehade» egendomen (dvs hade detentio). Mot upplåtarens borgenärer var också, betonades det, nyttjanderättshavaren skyddad enligt civilprocessordningens bestämmelser, så länge han »innehade» egendomen.[47] I praktiken skulle alltså principen »köp bryter lega» här vara kraftigt begränsad.

1888 års förslag väckte emellertid med sin återgång till principen »köp bryter lega» ett sådant ramaskri från både den allmänna opinionen och juristkretsar att den s k andra kommissionen, som bearbetade 1888 års förslag, fann sig föranlåten att – under bibehållande av den obligatoriska karaktären på hyra och arrende – föreslå regler om besittningsskydd för dessa rättigheter också i fastighetsrätten. Detta skydd beskrives närmare nedan vid redogörelsen för BGB:s regler.[48]

Förslaget om återgång till principen »köp bryter lega» diskuterades alltså på den 19 tyska juristdagen 1888. Till grund för diskussionen låg tre inledningsreferat, ett av professor Meibom, ett av professor Eck och ett av professor Fischer.

[46] Motiven II s 384 f.
[47] Motiven II s 386.
[48] Ang den s k andra kommissionens arbete se Jüttner s 78 ff, jfr Genius s 18.

Meibom[49] var positiv till förslaget utom såtillvida att han ville medge möjlighet till inskrivning av hyra och arrende i fastighetsboken. Meibom argumenterade i övrigt huvudsakligen i överensstämmelse med förslagets motiv, men anförde dessutom en ytterligare synpunkt, som här är av intresse eftersom den synes ha fått betydelse för den svenska rättsutvecklingen. Meiboms synpunkt var att principen »köp bryter lega» vore att föredraga därför att ett tvång för köparen att respektera redan upplåtna nyttjanderätter skulle försvåra omsättningen och inverka på fastighetskrediten.[50]

Under förhandlingarna på juristdagen fick Meibom stöd endast av en talare, advokaten Katz,[51] som utvecklade de olägenheter principen »köp bryter *inte* lega» i den preussiska ALR enligt hans mening vållat byggföretagare genom att hyresgäster dels vägrat att flytta och därigenom fördröjt nybyggnader, dels bedrivit utpressning genom att kräva oskäliga skadestånd som villkor för flyttning. Vidare påpekade Katz, att det kunde vara svårt för den som köpte en fastighet att bilda sig en säker uppfattning om innehållet i en mångfald nyttjanderättsavtal. Det allmänna intresset av att bostadsbeståndet sanerades hade, menade Katz, också motverkats av den preussiska rättens regel. – Här ställdes således mot nyttjanderättshavarens behov av skydd vissa olägenheter från allmän synpunkt, som skapas av långvariga upplåtelser utan möjlighet till förtida upplösning i en förändrad situation.

I övrigt förelåg emellertid på juristdagen en förkrossande majoritet för en ändring av förslaget, så att hyra och arrende skulle gälla mot ny ägare.[52] I denna riktning gick båda de andra inledningsreferaten, som i huvudsak skilde sig blott ifråga om reglernas tekniska utformning. Eck[53] var den minst radikale i det att han godtog en obligatorisk konstruktion av ifrågavarande rättigheter men ville införa besittningsskydd, således ungefär den lösning som sedan blev lagens. Fischer[54] däremot förordade en sakrättslig konstruktion, men företrädde samtidigt en pragmatisk syn på problemen: rättsordningen skulle icke behärskas av krav på konsekvens utan måste kunna göra undantag när så var motiverat.[55]

Båda framhöll nyttjanderättshavarens behov av skydd, i synnerhet i fastighetsrätten: En flyttning i förtid vållar praktiska svårigheter och ekonomiska förluster i olika hänseenden, både när det gäller hyra av bostäder och affärslokaler och i arrendeförhållanden. Dessutom tvingas kanske den nyttjanderättshavare som måste flytta att lämna en invand miljö. Osäkerhet i hyresförhållanden ger icke hyresgästerna samma anledning att vårda eller kanske till och med förbättra egendomen som när en längre avtalstid är garanterad. Principen »köp bryter lega»

49 Meibom s 3 ff. Referat hos Jüttner s 72 ff.
50 Meibom s 20. Se närmare nedan vid not 192.
51 Verh III s 61 ff.
52 Verh III s 305: enhälligt plenarbeslut för principen »köp bryter *inte* lega».
53 Eck s 229 ff. Referat hos Jüttner s 65 ff.
54 Fischer s 428 ff. Referat hos Jüttner s 64 f.
55 Fischer s 428 f.

leder till att våningar betraktas som handelsvara och frestar till försäljningar i spekulationssyfte. Hot om försäljning av fastigheten kan användas i utpressningssyfte, som påtryckningsmedel vid krav på högre hyra. I arrendeförhållanden gör sig liknande synpunkter gällande med ännu större styrka. En arrendator kan inte planera och investera för en rationell jordbruksdrift om hans besittningsrätt icke är tryggad för en längre tid.[56] – Eck erinrade om liknelsen, där fastigheten säges vara ägarens hustru och arrendatorns älskarinna – ju längre förbindelsen med arrendatorn varar, desto mer blir hon hans.[57]

Varken Eck eller Fischer ansåg skadeståndsrätten ge nyttjanderättshavaren tillräckligt skydd: Dels är det icke pengar som nyttjanderättshavaren vill ha utan trygghet i besittningen, dels är skadeståndsanspråket osäkert både därför att upplåtaren kan sakna tillgångar att betala med och därför att domstolarna – i motsats till vad som var fallet i det gamla Rom – är njugga i skadeståndsberäkningen. (Anspråk på ersättning för nyttjanderättshavarens intresse att få behålla sin invanda miljö gick domaren enligt Fischer förbi med ett kallt leende.) Dessutom medför en skadeståndsprocess risken att nyttjanderättshavaren slutgiltigt får stå för kostnaderna. – Fischer rådde nyttjanderättshavare att istället satsa sina pengar på penninglotter (»Dombaulose»), vilket han ansåg ge större chans till ersättning. Värdefullare för nyttjanderättshavare än skadeståndsrätten var, menade Fischer, fastighetsägarnas »Treue und Ehrlichkeit». Om principen »köp bryter lega», såsom påstods, fungerade bra i de områden där den fortfarande gällde enligt gemeines Recht eller lagstiftning, så var detta välbefinnande, menade Fischer, tillfinnandes icke tack vare utan *trots* principen »köp bryter lega». Fall av eklatant missbruk sades också ha förekommit.[58]

Vad beträffar fastighetsägarens intressen så förnekade både Eck och Fischer att det fanns någon som helst anledning att tillgodose hans önskan att kunna sälja fastigheten fördelaktigt utan nyttjanderätten, alltså på nyttjanderättshavarens bekostnad.[59] Nationalekonomiska synpunkter kunde ej åberopas för en rätt att bryta nyttjanderätten i en sådan situation, menade Fischer, som också framhöll att en sådan rätt stred mot den naturliga rättskänslan. Fischer påpekade också att om man ville tillgodose detta fastighetsägarens intresse så borde man komma fram till att fastighetsägaren ej heller skulle vara skyldig att ersätta nyttjanderättshavarens skada. Man hade redan kommit ifrån den romerska regeln att fastighetsägaren hade rätt att bryta nyttjanderättsavtalet om han själv behövde egendomen. Samma synpunkter som talade mot en sådan rätt talade enligt Fischer mot en rätt för fastighetsägaren att bryta nyttjanderättsavtalet med en försäljning av fastigheten.

[56] Eck s 237 ff, Fischer s 430 ff. Fischer citerade uttalanden från litteraturen där det bl a hävdades att otryggheten på bostadsmarknaden utgjorde grogrund för »socialistische Irrtümer» (Roscher), se s 434.
[57] Eck s 238.
[58] Ang det sagda se Fischer s 432.
[59] Eck s 245 f, Fischer s 440 f.

Fischer upphöll sig också vid förvärvarens behov av säkerhet i omsättningen.[60] Här uttalade sig Fischer för en prioritering av nyttjanderättshavarens behov av säkerhet i nyttjandet framför förvärvarens behov av säkerhet i omsättningen, i varje fall om förvärvaren var i ond tro. Ondtroende förvärvare förtjänade enligt Fischers mening ännu mindre hänsyn än överlåtaren: För överlåtaren var ett nödläge tänkbart, som kunde göra en hyresfri försäljning önskvärd, men något sådant kunde det inte vara tal om för förvärvarens del. Om man ville rättfärdiga ett allmänt intresse för köparen att fördriva nyttjanderättshavaren så kunde man lika gärna proklamera en allmän expropriationsrätt till förmån för varje privatperson. I så fall skulle till och med exproprianten vara ersättningsskyldig, under det att ny ägare till uthyrd egendom med kännedom om nyttjanderättsavtal skulle kunna fördriva nyttjanderättshavaren utan ringaste ersättningsskyldighet. – En rätt för ondtroende ny ägare att undgå nyttjanderätten skulle enligt Fischer vara »die empörendste Ungerechtigkeit, der schnödeste Missbrauch, gegen welche die Gesetzgebung mit allen Mitteln zu kämpfen hat».[61] För att ny ägare skulle kunna åberopa god tro rörande nyttjanderättsupplåtelse ville Fischer vidare kräva att han aktivt försökt att göra sig underrättad om verkliga förhållandet. Det kunde icke, menade Fischer, vara så svårt att ta reda på om en fastighet var utarrenderad eller uthyrd. Om förvärvaren var i god tro och förvärvet var oneröst ville Fischer dock prioritera behovet av säkerhet i omsättningen, icke på grund av krav på juridisk konsekvens utan av ändamåls- och billighetsskäl. Skyddet för förvärvaren i denna situation skulle vara ett undantag från principen att nyttjanderätten måste respekteras av ny ägare.[62]

Härefter konstaterade Fischer att förvärvaren icke i och för sig hade något intresse av att nyttjanderätten icke blev sakrättslig. Frågan var blott om den sakrättsliga kvaliteten skulle göras beroende av inskrivning. Efter kritik av motivens utläggningar i denna fråga förordade Fischer ett system med fakultativ inskrivning utan något krav på tillstånd av fastighetsägaren. Inskrivning skulle – liksom »erkennbaren Besitz» – utesluta godtrosförvärv.[63] – Några oöverkomliga svårigheter att uttrycka reglerna om förvärvarens rättigheter och skyldigheter gentemot nyttjanderättshavaren kunde enligt Fischers mening inte föreligga. Fischer vägrade för övrigt att erkänna det här bekämpade argumentet som relevant.[64]

Påståendet i motiven till förslaget att besittningsskydd för arrende och hyra var oförenligt med principerna för inskrivningssystemet bemötte Fischer med den ironiska frågan, om det tyska folket och dess rättsordning var till för

60 Fischer s 441 f.
61 Fischer s 441. Jfr Eck s 246, som också menade att förvärvaren knappast kunde vara i god tro om nyttjanderättshavaren hade egendomen i sin besittning, samt Brunner, Verh III s 48.
62 Fischer s 442.
63 ibid.
64 Fischer s 445 f.

inskrivningssystemet eller om inskrivningssystemet skulle tjäna folkets intressen.[65] Inskrivningssystemet är, menade Fischer, i första hand grundvalen för en ordnad och säker realkredit. Av hänsyn till behovet av säkerhet i realkrediten kan man inte utanför inskrivningssystemet ge nyttjanderätter skydd vid exekutiv försäljning av fastigheter till men för innehavare av panträtt.[66] En helt annan funktion har emellertid inskrivningssystemet, framhöll Fischer, vid frivillig försäljning: Också här ger fastighetsboken möjlighet att registrera äganderättsförvärv. Men detta betyder icke att varje äganderättsförvärv måste göras avhängigt av inskrivning i fastighetsboken. Och det skulle vara att »av högsta rätt göra högsta orätt» att uteslutande se till uppgifterna i fastighetsboken och bortse från en köpares kunskap om fastighetsbokens oriktighet. Likaså måste det vara en öppen fråga i vilken utsträckning en förvärvare skall vara bunden av i fastighetsboken icke inskrivna inskränkningar i förfoganderätten. En köpares intresse att slippa belastningar på egendomen är icke sådant att det skall prioriteras framför varje annat intresse, utan det måste röra sig om en avvägning mellan olika motstående intressen. Om man kommer till resultatet att nyttjanderättshavarens intresse förtjänar företräde »aus Gründen der Gerechtigkeit und des öffentlichen Wohles» så får man helt enkelt avstå från att mot rättslivets behov »das formale Grundbuchprinzip . . . auf die Spitze zu treiben».[67]

Fischer gjorde sig dock inga illusioner om att principen »köp bryter *inte* lega» skulle lösa alla problem, eftersom den icke hindrade fastighetsägare att sluta kortfristiga nyttjanderättsavtal. Principen var dock, menade Fischer, den rättsliga grundvalen för en utveckling mot fastare och lugnare hyresförhållanden: Varje omständighet, som försvagar hyresgästernas ställning, ökar bostadsbristen. En lagstiftning, som icke förväxlar ekonomisk frihet med strävan att få den ekonomiskt svagare utlämnad till en ekonomiskt starkare, måste motsätta sig ett försvagande av hyresgästernas ställning.[68]

Även ifråga om lös egendom borde enligt Fischer hyra konstrueras som en sakrätt, istället för att som i gemeines Recht utrustas med skydd mot ny ägare på den omvägen att nyttjanderättshavarens detentio hindrade tradition till köparen. Nyttjanderättshavarens intresse är även här skyddsvärt, menade Fischer, som också frågade sig hur man, om man ansåg principen »köp bryter lega» riktig, i motiven till 1888 års förslag kunde glädja sig åt att den ifråga om lös egendom sattes ur kraft genom nyttjanderättshavarens besittningsskydd.[69]

65 Fischer s 446.
66 Jfr Brunner, Verh III s 45. Någon ändring av regeln att nyttjanderätten skulle få vika vid exekutiv försäljning hade heller inte föreslagits i debatten om 1888 års förslag. Frågan om nyttjanderättens ställning vid exekutiv försäljning togs upp till diskussion på den 20 tyska juristdagen 1889.
67 Fischer s 447.
68 Fischer s 438.
69 Fischer s 447 ff.

Vid de muntliga förhandlingarna anslöt man sig i stor utsträckning till de av Eck och Fischer uttryckta åsikterna.[70] I debatten betonades bl a att problemet var hur man praktiskt skulle tillgodose föreliggande behov av skydd, icke hur man skulle fullfölja en teoretisk konstruktion. Man framhöll att principen »köp bryter lega» skulle medföra att nyttjanderättshavarnas trygghetskänsla gick förlorad. Motivens hänvisning till möjligheten för nyttjanderättshavare att betinga sig panträtt i fastigheten till säkerhet för eventuell skadeståndsfordran ansågs verklighetsfrämmande och betecknades som »ein klägliches Argument».[71] I polemik med Meibom och Katz gjordes gällande att omsättning utan övertagande av nyttjanderätter var osund och borde försvåras. Spekulanterna skulle icke, menade man, skyddas på hyresgästernas bekostnad.[72] Vidare framhölls att sanering av bostadsområden kan försvåras av att någon *äger* ett mindre men för byggenskapen betydelsefullt område, likaväl som av att någon har nyttjanderätt därtill.[73] Enligt en uppfattning skulle fastighetsägare och nyttjanderättshavare i trygghetsfrågan ha gemensamma intressen, eftersom trygghet för nyttjanderättshavaren skulle leda till högre legoavgift och därmed öka fastighetens värde.[74] Hänvisningen till att nyttjanderättshavaren fick vika vid exekutiv försäljning och påpekandet att man vid ett bevarande av principen »köp bryter *inte* lega» skulle bli tvungen att göra undantag för sådan försäljning godtogs icke. Här gällde det icke exekutiv försäljning, framhöll man, och det är, menade en talare, en skön tröst för hyresgästen som tvingas flytta efter en frivillig försäljning, att intala sig att han i händelse av en exekutiv försäljning kanske ändå skulle ha blivit tvungen att flytta. Samme talare erinrade om anekdoten om de två upptäcktsresandena som blir jagade av ett lejon: medan den ene blir uppäten av lejonet sitter den andre uppe i ett träd och tröstar honom med att han skall vara glad att det är ett lejon och inte en tiger, ty en tiger har ännu vassare tänder och är ännu farligare.[75]

Slutligen får så Gierkes omdöme om förslaget att återinföra principen »köp bryter lega» tala för sig självt:

»Unter allen für den Satz »Kauf bricht Miete» beigebrachten Gründen ist allein die doktrinäre Konsequenz der romanistischen Grundrichtung von ausschlaggebender Bedeutung gewesen: der Satz ist römisch, er ergiebt sich logisch aus dem bloss obligationenrechtlichen Wesen des Mietsanspruches, und der gegenteilige Satz ist juristisch nicht zu »konstruieren». Alle weiteren für den Entwurf angeführten Argumente sind lahme Ausflüchte und hängen dem Triumphe des Pandektenrechtes nur ein fadenscheiniges Mäntelchen um. Denn im Ernste wird niemand, der im Gebiete des Preussischen Landrechtes gelebt hat, sich einreden lassen, dass die »Verkehrssicherheit» oder der »öffentliche Glaube der Grundbücher» unter dem Satze »Kauf bricht nicht Miete» leiden.»[76]

70 Verh III s 36 ff.
71 Brunner, Verh III s 43, som citerade Bähr.
72 Wilke, Verh III s 60 f. Klöppel, Verh III s 64 f.
73 Boyens, Verh III s 66.
74 densamme s 65.
75 Brunner, Verh III s 43.
76 Gierke, Der Entwurf s 74.

c) BGB och viss senare lagstiftning

I BGB finns beträffande hyra och arrende[77] intet spår av den romerska regeln att upplåtaren kunde välja mellan naturaprestation och skadeståndsskyldighet. Enligt § 535 är upplåtaren vid Miete förpliktad att tillhandahålla egendomen in natura och detsamma gäller enligt § 581 för Pacht. Utvecklingen under 1900-talet har vidare präglats av en ytterligare förstärkning av hyresgästs och arrendators ställning i förhållande till upplåtaren, framför allt därigenom att upplåtarens möjligheter att motsätta sig förnyelse av nyttjanderätten efter den avtalade tidens utgång begränsats genom lagstiftning. Denna »sociala» nyttjanderättslagstiftning har under senare tid delvis inarbetats i BGB, så att huvudreglerna om hyresgästs möjlighet att motsätta sig uppsägning numera finns i §§ 556 a–c. Enligt dessa paragrafer kan domstol, efter uppsägning från fastighetsägarens sida, förlänga ett hyresavtal om

»die vertragsmässige Beendigung des Mietverhältnisses für den Mieter oder seine Familie eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist.»

Liknande regler för jordbruksarrende finns i en särskild lag, den s k Landpachtgesetz. Enligt § 8 i denna lag kan ett arrendeförhållande förlängas efter uppsägning från fastighetsägarens sida, om

»die Verlängerung dringend geboten erscheint und bei Abwägung der Interessen der Vertragsteile die Gründe für eine Verlängerung überwiegen.»

Frågan om förlängning av hyres- eller arrendeavtal har alltså gjorts beroende av en skälighetsprövning.

Hyra och arrende är obligatoriska rättigheter. Innehavare av sådan rätt anses icke dess mindre kunna ha »besittning» till egendomen. Begreppet detentio är utmönstrat. Även ägaren anses dock samtidigt ha besittning. Nyttjanderättshavarens besittning är omedelbar, ägarens medelbar.[78]

Att hyra och arrende är obligatoriska rättigheter innebär bl a att de icke kan förvärvas genom godtrosförvärv från annan än rätt ägare. Det innebär också, såvitt gäller nyttjanderätt till fast egendom, att inskrivning i fastighetsboken är utesluten. Det innebär emellertid inte att rättigheter av detta slag helt skulle sakna skydd mot tredje man. Såväl i fastighetsrätten som i lösegendomsrätten gäller regler om besittningsskydd. Konstruktionen av skyddet är dock olika.

Hyra av fast egendom skyddas enligt § 571 (rubrik: »Kauf bricht nicht Miete») mot ny ägare under förutsättning att nyttjanderättshavaren tagit fastigheten i besittning före överlåtelsen. Den nye ägaren skall då enligt lagens stadgande

[77] Se ang det följande t ex Baur § 29 E 3. Jfr Larenz II §§ 48 och 49 samt Genius s 15–20.
[78] Se t ex Baur § 7.

inträda i överlåtarens skyldigheter och rättigheter enligt nyttjanderättsavtalet. Detsamma gäller enligt § 581 2 st. för arrende. Konstruktionen torde innebära att också de för upplåtaren gällande begränsningarna i uppsägningsrätten blir tillämpliga om den nye ägaren företar en uppsägning.[79]

Vid exekutiv försäljning av fastigheten har köparen möjlighet att uppsäga avtal om arrende eller hyra, om han gör det vid utgången av löpande avtalsperiod. Gör han det icke då blir han, om tillträde skett före exekutionen, skyldig att respektera rättigheten. Detsamma gäller den som köper en fastighet av konkursbo. Konkursboet som sådant är dock skyldigt att respektera rättigheten.[80]

Hyra av lös egendom åtnjuter besittningsskydd enligt § 986 2 st. Här har man att göra med en utveckling av den i senare gemeines Recht accepterade uppfattningen att detentor kunde förhindra den för en köpare nödvändiga traditionen.[81] Lagrummet anses enligt en visserligen inte obestridd mening ge skydd också i ägarens konkurs.[82]

Såväl BGB:s regler om besittningsskydd som senare tiders sociala lagstiftning om begränsningar i uppsägningsrätten har inspirerat vissa författare till antagandet att hyra och arrende enligt BGB skulle vara sakrätter. Den härskande meningen är dock att dessa rättigheter är obligatoriska, ehuru med vissa sakrättsliga drag.[83]

BGB innehåller också regler om en *sakrättslig* nyttjanderätt – Niessbrauch. Denna har vuxit fram ur det romerska institutet ususfructus. Niessbrauch innebär fullständig nyttjanderätt för en viss person. Den kan icke överlåtas och förfaller vid nyttjanderättshavarens död. Niessbrauch har liten praktisk betydelse. Den förekommer som »Versorgungsniessbrauch», t ex om någon genom testamente ger sin hustru livstids nyttjanderätt till kvarlåtenskapen, och som »Sicherungsniessbrauch», t ex om en pantborgenär förbehåller sig omedelbar tillgång till avkastningen av en pantsatt fastighet.[84]

5. Fransk rätt

a) Utvecklingen intill Code civil

Den romerska rättens regler om locatio conductio recipierades i Frankrike tillsammans med övrig romersk rätt, men även här visade sig en strävan att ge

79 Genius s 18 not 26. Ang den praktiska betydelsen av § 571 vid sidan av reglerna om begränsning i ägarens uppsägningsrätt, se Genius s 18 vid not 28 f.
80 21 § Konkursordnung. Jfr Böhle-Stamschräder s 116.
81 Genius s 30 vid not 86.
82 Se Wolff-Raiser III § 84 not 21. Att skydd föreligger också vid utmätning framgår t ex hos Genius s 17 not 14 och s 19 vid not 32, jfr Baur § 44 D. Eljest synes frågan föga uppmärksammad. Jfr ovan not 22.
83 Se t ex Baur § 29 E 4, Larenz II s 157 not 2: sakrättskaraktär har antagits av Cosack, Löning och Wieacker. Frågan torde sakna större praktisk betydelse.
84 Se t ex Baur § 32 och § 54.

nyttjanderättshavaren en starkare ställning. Nyttjanderättshavaren fick skydd mot upplåtaren och undantag gjordes från principen »köp bryter lega» (»vendage passe louage») i olika situationer, delvis parallellt med motsvarande företeelser i den tyska rätten. Undantag gjordes således om nyttjanderätten upplåtits för mycket lång tid – locatio ad longum tempus (mer än 9 år)[85] – och om pantsättning skett till säkerhet för nyttjanderätten.[86] Undantag gjordes vidare om överlåtelsen skett med förbehåll om återköpsrätt,[87] om överlåtelsen var benefik[88] och om överlåtelsen skett i exekutiv ordning.[89] Nyttjanderätten gällde alltså mot ägarens borgenärer. Verkan av en pantförskrivning förnekades dock under 1600- och 1700-talen.[90] Uppsägningstid tillerkändes nyttjanderättshavaren från början av 1700-talet. Arrendator fick då rätt att bärga skörden och sitta kvar till nästa fardag.[91] Förbehåll om nyttjanderättens bestånd förekom i stor utsträckning vid överlåtelse av utlejd egendom.[92] Besittningsskydd i form av actio spolii utvecklades också,[93] men problemet om nyttjanderättshavaren genom sin detentio kunde förhindra tradition var icke aktuellt i fransk rätt, ty här försvann traditionskravet vid överlåtelse.

En fråga som sysselsatte doktrinen var den förut nämnda ipso-iure-teorien, i fransk doktrin kallad ipso-facto-teorien, som innebar att nyttjanderätten bröts redan genom själva överlåtelsen. Mot denna teori stod uppfattningen att överlåtelsen blott medförde att den nye ägaren fick en »ius expellendi». Den senare uppfattningen synes ha dominerat.[94]

Samband med nyssnämnda fråga hade problemet, vilken betydelse som skulle tillmätas den omständigheten att den nye ägaren faktiskt låtit nyttjandet fortsätta och kanske till och med mottagit avgift för legan. För dem som hävdade att nyttjanderätten bröts genom själva överlåtelsen var det naturligt att antaga att sådana omständigheter endast skulle tolkas som ett medgivande av nye ägaren att *tills vidare* respektera nyttjanderätten. För dem som antog en »ius expellendi» var det däremot naturligt att anse den nye ägaren under sådana omständigheter ha avstått från sin rätt att bryta nyttjanderätten, varför denna skulle bestå på de villkor och under den tid som avtalats med upplåtaren.

Efter franska revolutionen inskränktes principen »köp bryter lega» genom en lag 1791, som föreskrev att ny ägare till fastighet skulle vara skyldig att respektera av överlåtaren ingångna arrendeavtal upp till sex år. Syftet med lagen var uttalat jordbrukspolitiskt. Man ville trygga arrendatorers besittning tillräck-

85 Périer s 43 ff.
86 Périer s 47 ff.
87 Périer s 59 ff.
88 Périer s 69 f.
89 Périer s 57 ff.
90 Périer s 49 f.
91 Périer s 81 f.
92 Périer s 83 ff. Mazeaud III:2 nr 1066.
93 Mazeaud III:2 nr 1069.
94 Périer s 76 ff.

ligt länge för att de skulle kunna bedriva ett rationellt jordbruk. 1791 års lag upphävdes i samband med tillkomsten av Code civil 1804.[95]

b) Code civil och viss senare lagstiftning

Genom Code civil infördes principen »köp bryter *inte* lega» i fransk rätt såvitt gäller *nyttjanderätt (louage, bail) till fast egendom.* Regeln finns i art. 1743.[96] Något besittningstagande krävs icke. Däremot uppställes som förutsättning att nyttjanderätten är »authentique» eller har »date certaine», rekvisit som har till syfte att garantera att nyttjanderätten verkligen tillkommit före överlåtelsen.[97] Kravet på »date certaine» har medfört problemet om även ny ägare, som känt till förekomsten av en nyttjanderätt, kan åberopa att den saknar »date certaine». Här synes man så sent som 1969 i rättspraxis ha infört ett krav på god tro hos den nye ägaren.[98]

Intressant är en synpunkt som anfördes mot förslaget att i Code civil skydda nyttjanderättshavare mot ny ägare till fastigheten. Det var Cour d'appel de Lyon[99] som i sitt remissvar uttalade att det föreslagna skyddet för nyttjanderättshavaren skulle inverka hämmande på omsättningen genom att tvinga förvärvare att fullgöra avtal som de icke hade slutit och lamslå deras verksamhet som köpte för att själva bruka. Vid sidan av den mera formella synpunkten att ett avtal endast kan binda parterna kom här den tanken till uttryck att fastigheter fritt borde kunna förvärvas av dem som ville bruka dem. Sistnämnda synpunkt var ett uttryck för en i tiden liggande strävan att frigöra sig från feodalsamhällets fastighetsrättsliga bindningar. Man ville i liberalistisk anda hålla äganderätten och omsättningen fri.[100]

I Code civil upptogs inga regler om inskrivning av nyttjanderätter till fast egendom i fastighetsböcker. Möjlighet till sådan inskrivning tillkom först genom 1855 års inskrivningslagstiftning.[101] Där stadgades att nyttjanderätter för längre tid än 18 år icke skulle kunna göras gällande mot ny ägare utan inskrivning. Senare (1955) har denna regel ändrats så att numera oinskrivna nyttjanderätter för längre tid än 12 år icke kan göras gällande mot ny ägare för den överskjutande tiden.[102] Denna regel innebär alltså en inskränkning i principen »köp bryter inte lega» enligt art. 1743. Även här har man haft att taga ställning till betydelsen av att nye ägaren faktiskt känt till att en nyttjanderätt upplåtits för längre tid. Läget synes vara det att nye ägaren anses bunden för den avtalade

95 Périer s 88 f. Mazeaud III:2 nr 1066.
96 Mazeaud III:2 nrs 1086 ff.
97 Jfr art 1328 Code civil ang »date certaine».
98 Se Mazeaud III:2 nr 1088 med hänvisningar. Jfr nedan not 103.
99 Périer s 91.
100 Se Hedemann 2:1 § 1.
101 Mazeaud III:1 nr 652.
102 Mazeaud III:1 nr 66, III:2 nr 1092. Jfr III:1 nr 1069.

tiden endast om nyttjanderätten anmärkts i hans fångeshandling. I sådant fall anses han ha godtagit nyttjanderätten.[103]

Nyttjanderättens ställning vid exekutiv försäljning av fastigheten reglerades i art. 684 Code de procédure civil 1807, varigenom den äldre rättens skydd för nyttjanderätten i denna situation bekräftades. Art. 684 har nyligen upphävts – genom ett »décret» 1967 – men i sak gäller fortfarande detsamma.[104]

Även i fransk rätt har nyttjanderättshavarens ställning i fastighetsrätten under 1900-talet stärkts genom begränsningar i ägarens uppsägningsrätt. Hyresgäster har numera enligt en lag från 1948 rätt till nytt hyresavtal (»droit au maintien dans les lieux») under vissa förutsättningar och med vissa undantag.[105] Ägaren får dock återtaga egendomen om han själv behöver den. I stort sett innebär lagstiftningen att en uppsägning från ägarens sida följs av en skälighetsprövning.[106] Liknande regler gäller för arrende.[107]

Beträffande *nyttjanderätt till lös egendom* finns icke några särskilda skyddsregler om ägaren företager en överlåtelse av egendomen. Art. 1743 anses icke kunna analogt tillämpas i sådana fall.[108] Nyttjanderättens karaktär av »droit personnel» synes medföra att skydd förmenas nyttjanderättshavaren såväl mot ny ägare som mot ägarens borgenärer. Detta uttryckes så att nyttjanderättshavaren varken har »droit de suite» eller »droit de préférence».[109]

Trots nyttjanderättens karaktär av »droit personnel» ges den äldre rättigheten – åtminstone i fastighetsrätten – företräde vid konkurrens mellan flera nyttjanderätter.[110] Vidare anses nyttjanderätt till fast egendom kunna förvärvas från annan än rätt ägare enligt regler om »propriété apparente».[111]

Även i fransk doktrin har det rått en livlig diskussion om nyttjanderättens klassificering som sakrätt eller obligatorisk rätt (»droit réel» eller »droit personnel»). Den härskande meningen har alltid varit att nyttjanderätten är obligatorisk, men kättare har funnits i olika perioder.[112] Bland företrädarna för en sakrättslig klassificering av nyttjanderätten brukar nämnas Troplong (mitten av 1800-talet), som stödde sig på skyddet för nyttjanderätt till fast egendom i art. 1743 Code civil och art. 684 Code de procédure civil. Men också i modern

103 Mazeaud III:1 nr 727 under a). Jfr ovan vid not 98.
104 Mazeaud III:2 nr 1068.
105 Mazeaud III:2 nrs 1176 ff.
106 Mazeaud III:2 nrs 1191 ff.
107 Mazeaud III:2 nrs 1287 ff.
108 Mazeaud III:2 nr 1311.
109 Frågan om nyttjanderättens skydd mot ägarens borgenärer vid lös egendom uppmärksammas icke alls så som relationen till ny ägare. Jag har icke funnit något direkt uttalande härom. Jfr dock ang fast egendom Mazeaud III:2 nr 1088.
110 Mazeaud III:2 nr 1091. Nyttjanderättshavaren har, säger Mazeaud, en »ius ad rem». Jfr nr 1069.
111 Mazeaud III:2 nrs 1058–4 och 1084. Jfr ovan kapitel 5 not 56 och Mazeaud II:2 nrs 1404 ff.
112 Se Mazeaud III:2 nrs 1068 ff. Utförligare redogörelse för den historiska utvecklingen finns hos Derruppé nrs 27 ff.

tid har denna uppfattning framförts, särskilt tillsammans med nya teorier om distinktionen mellan sakrätter och obligatoriska rättigheter.[113]

Fransk rätt erkänner liksom tysk rätt också en *sakrättslig* nyttjanderättstyp, som utvecklats ur den romerska ususfructus – »usufruit». Denna nyttjanderättstyp ger nyttjanderättshavaren en personlig, tidsbegränsad nyttjande- och avkastningsrätt som upphör senast vid innehavarens död.[114]

6. Dansk och norsk rätt

I dansk och norsk rätt gäller principen »Leje gaar for Eje», dvs köp bryter icke lega. Principen finns belagd redan i medeltidsrätten.[115] Den är upptagen i den danska lagen 1683 och den norska lagen 1687[116] och den har bekräftats genom en förordning 1795, som i praxis tillämpades så att ny ägare i god tro slapp respektera en tidigare upplåten nyttjanderätt.[117]

I modern dansk rätt kan nyttjanderätt till fast egendom på samma sätt som äganderättsförvärv, alltså genom god tro och inskrivning, vinna skydd mot rätt ägare i vissa fall och mot tidigare köpare. Skydd mot senare godtroende köpare av fastigheten erhåller nyttjanderättshavaren utan vidare om nyttjanderätten är ingången på »saedvanlige Tidsvilkaar» och annars genom inskrivning. Sistnämnda förhållande kan också uttryckas så att köpare i god tro kan exstingvera endast oinskriven nyttjanderätt på ovanliga villkor. Skydd mot den upplåtande fastighetsägarens borgenärer erhåller nyttjanderättshavaren genom inskrivning. I stort kan alltså sägas att nyttjanderätt till fast egendom i sakrättsligt hänseende behandlas på samma sätt som äganderättsförvärv.[118] – Omdömet gäller även nyttjanderätt till lös egendom. Även här gäller naturligtvis vindikationsprincipen till förmån för rätt ägare. Mot tidigare köpare anses godtroende nyttjanderättshavare liksom äganderättsförvärvare uppnå skydd genom besittningstagande. Att innehavare av nyttjanderätt till lös egendom med besittning är skyddad mot både godtroende ny ägare och upplåtarens borgenärer är också klart. Däremot råder en viss tvekan om huruvida borgenärsskydd inträder först genom besittningstagandet. Illum menar att tradition här bör krävas och åberopar risken för hinder i exekutionsförfarandet genom villkorliga och framtida nyttjanderättsupplåtelser.[119]

I norsk rätt är läget likartat. Nyttjanderättsupplåtelser behandlas i sakrättsliga konflikter på samma sätt som äganderättsförvärv. Dock är kortvarig nyttjanderätt till fast egendom (upp till tre månader eller med en uppsägningstid av högst

113 Derruppé 1951, Ginossar 1960. Se Ginossar nrs 65 f.
114 Ang usufruit se Mazeaud II:2 nrs 1647 ff.
115 Se t ex Fischer s 360 f. I dansk rätt finns regeln belagd år 1240, i norsk rätt år 1274.
116 5–8–13 respektive 5–8–16.
117 Nordisk Retsencyklopaedi II s 154.
118 §§ 1, 3 och 27 tinglysningsloven. Illum, Tinglysning s 40 f och 239 ff.
119 Illum s 442 ff.

tre månader) skyddad mot ny godtroende ägare utan inskrivning. Vidare krävs tradition för att nyttjanderätt till lös egendom skall vara skyddad mot upplåtarens borgenärer.[120]

I både dansk och norsk rätt har fastighetsägares möjlighet att uppsäga nyttjanderättsavtal till upphörande under 1900-talet begränsats genom lagstiftning. Nyttjanderättshavarens uppsägningsskydd torde gälla också i förhållande till upplåtarens borgenärer och ny ägare.[121]

7. Svensk fastighetsrätt

a) Utvecklingen intill 1875

Landskapslagarnas motsvarighet till det under 1600-talet utbildade arrendeavtalet var landbolegan.[122] Legoavtalet ingicks vanligen på bestämd tid, ofta 6–8 år. Till bekräftelse på avtalets giltighet erlades av landbon en s k städja till jordägaren. Dessutom erlade landbon för legan en årlig avgift, den s k avraden. Avtalet medförde endast svag partsbundenhet. Enligt vissa landskapslagar kunde jordägaren när som helst säga upp avtalet till upphörande nästkommande fardag, enligt andra lagar förelåg denna uppsägningsrätt endast om jordägaren själv behövde jorden. Skedde uppsägning blev jordägaren skyldig att återbära så stor del av städjan som svarade mot återstående avtalstid. Dessutom hade landbon rätt till skadestånd för det arbete som nedlagts på jordens brukande, såsom sådd och plöjning. Även landbon kunde säga upp avtalet i förtid, enligt vissa lagar utan att behöva ange något skäl, enligt andra blott om han på grund av fattigdom var ur stånd att bruka jorden eller om han erbjöd fastighetsägaren annan landbo istället. Då landbon uppsade avtalet i förtid hade han ej rätt att återfå någon del av städjan.[123]

Reglerna om upplåtarens rätt att i förtid uppsäga landboavtalet anses ha varit bestämmande för landbons ställning också sedan fastigheten överlåtits till ny ägare. Överlåtelsen hade icke som sådan något inflytande på legoavtalets bestånd, men den nye ägaren kunde bryta legan i förtid på samma sätt som upplåtaren. Köparen fick alltså vid köp ej större uppsägningsrätt än upplåtaren haft, men på så vis fick köparen ändå bättre rätt än upplåtaren som det var denne och icke

120 §§ 20–23 och 27 tinglysingsloven. Braekhus-Haerem s 435 f, 440 ff och 499 f. Harbek-Solem s 143–164.

121 Illum s 445. Braekhus-Haerem s 163.

122 Se ang jordlegoavtalet enligt landskapslagarna lagberedningen I 1905 bil 1 s 332 ff. Se vidare ang utvecklingen i den svenska rätten von Sydow s 47 ff.

123 Lagberedningen I 1905 s 336 f. Se ock Wahlberg s 50 ff. Omstritt är huruvida Södermannalagen (10:4 JB) intog motsatt ståndpunkt. Jfr Holmbäck-Wessén s 90, Wahlberg s 62, lagberedningen I 1905 s 338, Amira s 625 och 633 ff samt Nordström s 663 i not 89.

köparen som i händelse av avtalets brytande skulle återbära städjan till landbon.[124]

Under rikslagarnas tid försämrades landbornas sociala ställning. Jorden kom alltmer i händerna på de högre ståndena och det blev en markerad social klasskillnad mellan jordägare och landbo. Till följd av detta försvann landbons rätt till förtida uppsägning av avtalet och det gick till och med så långt att landborna hindrades att avflytta efter legotidens slut. Betecknande är att Kristoffers landslag förbjöd jordägaren att kvarhålla landbon efter avtalstidens slut. Landslagarna omnämner icke fallet att fastigheten överlåtes under avtalstiden. Härav har man dragit slutsatsen att förhållandet mellan landbo och köpare var detsamma som i landskapslagarna, närmast Östgötalagen och Upplandslagen.[125]

Hyra av hus reglerades i stadslagarna (Bjärköarätten, Visby stadslag och Allmänna stadslagen) något olika.[126] Hyrestiden bestämdes till 1/2–1 år. Enligt Bjärköarätten och Allmänna stadslagen men ej enligt Visby stadslag kunde parterna mot skadeståndsskyldighet rygga avtalet i förtid. Inga särskilda bestämmelser om nyttjanderättshavarens ställning vid överlåtelse av fastigheten fanns i dessa lagar. Man har därför antagit att köparen hade samma rätt att bryta avtalet som upplåtaren och att nyttjanderättshavaren, om köparen hävde avtalet, fick vända sig till upplåtaren med sina skadeståndsanspråk.[127]

Genom 1681 års husesynsordning avskaffades jordägares möjlighet att i förtid bryta av honom själv ingångna jordlegoavtal. Köpares uppsägningsrätt berördes dock ej. Härigenom fick alltså köparen större rätt att bryta legoavtalet än fångesmannen haft.[128]

Anledningen till att köparens uppsägningsrätt icke begränsades samtidigt med upplåtarens var säkerligen inflytande från tysk rätt, där den romerska rättens regel »köp bryter lega» vid denna tid brett ut sig. Den romerska rätten åberopades både i rättspraxis och litteratur under senare delen av 1600-talet som stöd för principen »köp bryter lega».

Viss rättspraxis i Svea hovrätt från denna tid rörande tvister emellan hyresgäster och fastighetsköpare redovisas av Jägerskiöld i arbetet Handelsbalkens utländska källor.[129] Därav framgår att den romerska principen då tillämpades i praxis. Jägerskiöld menar dock att den romerska regeln »troligen erkänts i svensk rätt redan tidigare, möjligen under inflytande av att den upptagits i eller ägt viss motsvarighet i närliggande rättsordningar, såsom den lybska.»[130]

124 Lagberedningen I 1905 s 337 f, Wahlberg s 59 och Gadolin s 9.
125 Lagberedningen I 1905 s 338 f, Wahlberg s 72 och Gadolin s 15. Landskapslagarna tillämpades subsidiärt under rikslagarnas tid, se Jägerskiöld, Studier s 54 f. Jfr vidare nedan vid not 134.
126 Lagberedningen I 1905 s 348 ff.
127 Lagberedningen I 1905 s 350.
128 Lagberedningen I 1905 s 341 f, Wahlberg s 106 ff och Gadolin s 31.
129 Jägerskiöld s 269 ff samt s 281.
130 Jägerskiöld s 275 f.

I de av Jägerskiöld redovisade rättsfallen får man klara belägg för att hyresrätten betraktades som en obligatorisk rätt som endast kunde göras gällande mot upplåtaren, medan köparens rätt ansågs sakrättslig. Det framgår emellertid också av dessa rättsfall att ett avtal mellan upplåtare och hyresgäst om att hyresgästen skulle äga kvarbo även om huset såldes (pactum de non alienando) ansågs förändra rättsläget och ge hyresgästen en mot köparen verksam panträtt. Vidare framgår att hyresgästen åtnjöt rätt att sitta kvar till laga fardag, samt att nyttjanderätten kunde stärkas genom inteckning på tinget.

Från litteraturen kan anföras Rålambs uttalande (1679) att den som köper gård eller hus kan återbryta legan och »Gästen uthdrifwa och ther öfwer efter sin willia disponera».[131] Som skäl härför anger Rålamb följande:

»1. Locantis iure resoluto, jus quoq; conducentis resolvitur, thet är när hans rätt är förfallin som uthlegde förfaller ock thens som hafwer legdt. 2. Går och Kiöp för Lego så at Köparen blifwer rätta äganden och råder om thet kiöpte som annan sin frije egendom ty emellan honom och Gästen är ingen Obligation och förbindelse och sålunda favoriseras Kiöp fram för Hyra såsom en behageligare och förnämare Contract, effter thetta Tyska: Kauff gehet vor miethe. Här med samtycker ock then Romerske Lagen med flere ord. Dock äre twenne fall uthi hwilke Kiöparen intet må drifwa Gästen för stämnodagz förlopp.

1. Om thet uthlegde förmedelst uthmätande och exequerande aff gäld blifwer såldt ty hwar och en som förmedelst Laga Dom kommer til en ting bör stå wid Legona.

2. Om Gästen brede widh Contracten aff Lego hafwer til godzet någon panträttigheet i thet han tå dubbel rätt til besittningen hafwer nembl. then aff Contracten och then andre til sielfwe wahran som kallas jus Reale, och therföre icke må drijfwas.»[132]

Vidare kan ur den juridiska litteraturen anföras Abrahamssons anteckningar till landslagen (1726), där det uppges att köp bryter lega och hänvisning göres till Östgötalagen och Upplandslagen. Abrahamsson anger som undantag fall där jordägaren försäkrat nyttjanderättshavaren att han ej under avtalstiden skall genom den legosatta jordens försäljning fördrivas samt inteckning därav skett på tinget.[133]

Östgötalagen och Upplandslagen åberopas även av Nehrman (1729), som också gör undantag från principen »köp bryter lega» i vissa fall, nämligen då upplåtaren förbundit sig att ej försälja egendomen och »Äfven så, om han fått en particulam Domini, eller har ägendomen til underpant: då besitter han ägendomen, til thess han fått sin betalning.»[134]

Principen »köp bryter lega» omtalas även i protokollen från förarbetena till 1734 års lag. Den 3 december 1714 förekom följande diskussion i lagkommissionen:

131 Rålamb s 177.
132 Rålamb s 177 f.
133 Abrahamsson s 390 f.
134 Nehrman s 336.

»Här blef discurrerat, om en, som arrenderat ett godz, bör det afstå til possessorens creditor, förr än terminen af contractet är uthe, hwar wid Hans Excell:ce fant det wara sällsambt, om en kiöper ett godz och offta gifwer för thet mer än det är wärdt, om han skall afbida terminum locationis conductionis.

Lagm(an) Cederh(ielm) mente det wara nödigt, som Förste Ombudzman Stiernerona och biföll.

Hans Excell:ce: Man wet ju, att kiöp bryter hyra, så bör och wara på landet, der någon handlar sig till något.

V(ice) Praesid(enten) Thegner: Än om arrendatoren har märkeligen det förbättrat, som han i the senare åhren tänker afräkna och har der lof till?

Hans Excell:ce: Söke sin man.

Ass:r Fehman: Det wore en sällsam consequence, om en kiöpare intet skulle wid fahrdag få träda till sin egendom, som han i det upsåt kiöpt att få den sielf nyttia.

Stiernerona: Han hade bordt föruth der om sig underrätta.

Hans Excell:ce: Aldrig bör man praesumera någon lemna en annor sitt godz under arrende, att der wid föllier en sådan servitus, kunnandes det ius, som förra possessoren ägt och han öfwerlåtit arrendatoren, intet afstängia den senare possessoren ifrån nyttiandet af det, (som) han justo titulo adquirerat. Denna § blir som han är ändrad.»[135]

I 1734 års lag kom principen »köp bryter lega» till tydligt uttryck i 16:15 JB, som inleddes med följande ord:

»Säljer man bort hemman å landet, eller hus och tomt i staden; då bryter köp legostämma, och have köparen makt, landbo och hyresman i rättan tid uppsäga, dock sitte kvar till laga fardag.»

Däremot finns i 1734 års lag inga spår efter den i tidigare litteratur uttalade uppfattningen att nyttjanderättshavaren skulle kunna bli skyddad genom en försäkran av upplåtaren att nyttjanderätten skulle bestå vid överlåtelse av fastigheten eller genom inteckning på tinget, ej heller finns något undantag för exekutiv försäljning.

Möjlighet till inteckning av vissa nyttjanderätter – arrendeavtal på landet – erkändes emellertid i lagstiftningen genom en förordning år 1800, varur följande här må citeras:

»De mellan jordägare och arrendator ingångne afhandlingar om jord å landet . . . må icke brytas; hwarwid följande likwäl bör iakttagas: . . . 3:o att det emellan arrendator och jordägare upprättade kontrakt skall sist wid det Ting, som infaller efter sex månader sedan kontraktet slöts, wid Härads Rätten uppwisas, för att i Inteckningsprotokollet intagas . . .»[136]

Inteckning skulle förnyas vart tionde år.

Förordningens syfte var att bereda arrendatorer ökad trygghet i besittningen och därigenom främja jordbruksnäringen. Vid sidan härav åberopades emellertid

135 Sjögren III s 193.

136 Författningen var i lagboken införd under 16:15 JB.

i propositionen också ett naturrättsligt »jämlikhetsresonemang», som stod klart i strid med den i lagkommissionen 1714 segrande uppfattningen om »possessorens» rättigheter:

»När härtill i betraktande kommer den orubbade helgd, hwari Afhandlingar, ingångna af fullmyndiga personer om det som tillåtit är, eljest i allmänhet böra hållas: att säljare icke kan äga föryttra sin egendom med annan eller bättre rätt, än hwarmed han den sjelf innehaft: att en afhandling emellan twenne personer icke bör kunna rubba den tredjes rätt . . . samt att slutligen icke någon billig jemlikhet emellan Jordägare och Landbo finnes, då Landbo=contraktet endast å den förras sida kan häfwas . . .»[137]

Vid sidan av inteckningsmöjligheten reglerade förordningen år 1800 även en annan fråga som här är av intresse. Där bestämdes att längsta tiden för upplåtelse av arrende å avlingejord skulle vara 50 år samt att en upplåtelse av arrende å arvejord icke skulle bestå utöver fem år efter upplåtarens död. Skäl för dessa begränsningar i upplåtelsetiden angavs i propositionen vara att »jordägares efterkommande icke skola alldeles blifwa utestängde från tillträde af bortarrenderad egendom».[138] Lagutskottet hade ansett att en oinskränkt regel om skydd mot ny ägare för upplåtelse av arvejord skulle medföra att upplåtarens arvingar komme att

»förlora den enda utwäg att genom salu af egendomen göra sig skadeslös, i fall förre ägaren bortarrenderat densamma emot willkor som icke swarade mot dess rätta wärde och afkastning, och att arfwinge swårligen kunde betagas den rättighet, att efter förra ägarens död få tillträda förwaltningen af egendomen . . .»[139]

Såsom korrektiv mot olägenheterna med långvariga nyttjanderättsupplåtelser ersattes alltså principen »köp bryter lega» ifråga om inskrivna nyttjanderätter med en direkt tidsbegränsning.

Förordningen år 1800 förorsakade emellertid osäkerhet i rättstillämpningen. Man var icke säker på vare sig om inteckning var en nödvändig förutsättning för skydd mot ny ägare vid upplåtelser av arrende eller om andra slags nyttjanderätter, som icke kunde intecknas, skulle sakna skydd mot ny ägare eller anses gälla mot denne. Osäkerheten torde ha föranletts framför allt av att förarbetena till förordningen gav stöd för uppfattningen att principen »köp bryter lega» helt avskaffats,[140] men i det förra hänseendet kunde förordningens oklara formulering (»bör iakttagas»)[141] också föranleda osäkerhet.

137 Prop avtryckt i bondeståndets protokoll den 16 maj 1800 s 128 ff.

138 Citat ur prop på s 130 i bondeståndets nämnda protokoll. – I 1815 års civillagsförslag föreslogs en tidsgräns på 30 år (12:3 JB).

139 Lagutskottets utl tryckt ibid s 130 ff. Citatet från s 131.

140 Propositionen motiverades på ett sådant sätt att man får intryck av att avsikten var att helt avskaffa principen »köp bryter lega». I denna riktning uttalade sig också under riksdagsbehandlingen både lagutskottet och enskilda riksdagsmän. Se t ex ridderskapets och adelns protokoll den 16 maj 1800 s 375 ff samt ståndets beslut s 398.

141 Se vid not 136.

Förhållandet mellan innehavare av ointecknat arrende och ny fastighetsägare klarlades genom en dom av HD 1821.[142] I detta rättsfall hade inteckningen för ett arrendekontrakt, slutet för 50 år, förfallit till följd av underlåten förnyelse och fastigheten därefter överlåtits. Den nye ägaren ansågs berättigad att uppsäga arrendatorn till avflyttning nästkommande fardag. Om god tro hos nye ägaren var icke tal, i varje fall icke i HD:s dom.

Ifråga om övriga slag av nyttjanderätter var rättsläget emellertid länge osäkert. I förarbetena till 1847 års civillagsförslag finns följande beskrivning därav:

»Stundom tillämpades på alla nyttjanderätter hwad för arrendeafhandlingar på wiss tid war särskildt stadgadt, det will säga: de ansågos aldrig kunna utan intekning gälla emot en ny ägare, så framt ej denna särskildt förbundit sig att låta nyttjanderätten äga bestånd; stundom åter följdes en alldeles motsatt grundsats, hwilande på den argumentation, att förra ägaren ej kunnat till den nya öfwerlåta egendomen med bättre rätt, än han den sjelf innehaft; och stundom, eller allmännast, gingo domstolarna den medelwäg, att nyttjanderätten förklarades beståndande, så ofta nya ägaren bewisligen haft derom kännedom, då öfwerlåtelsen till honom skedde, äfwensom man härwid isynnerhet lade wigt uppå, huruwida nyttjanderätten fanns omnämnd i de åtkomsthandlingar den nye ägaren af sin fångesman bekommit.»[143]

1826 års civillagsförslag intog i förevarande avseende den ståndpunkten att nyttjanderätten skulle gälla mot ny ägare endast om den blivit förbehållen i överlåtelsehandlingen, men motiveringen var att nyttjanderätten i så fall varit för nye ägaren känd, då han förvärvade.[144] 1847 års civillagsförslag utvidgade skyddet för nyttjanderättshavaren till även de fall där nyttjanderätten eljest var i överlåtelsehandlingen så tillkännagiven att förvärvaren »må anses hafwa derom tillförlitlig kännedom erhållit».[145]

Som bekant blev intet av de båda civillagsförslagen upphöjt till lag. Förhållandet mellan nyttjanderättshavare och ny ägare till fastigheten kom istället att ända fram till 1876 bestämmas av två förordningar 1844 och 1845. I förordningen 1844[146] stadgades att såväl undantagsavtal – som tidigare gällt mot ny ägare utan inteckning – som alla slags nyttjanderätter på landet skulle intecknas för att gälla mot ny ägare. I den redan tidigare berörda 1845 års förordning[147] föreskrevs att sådan inteckning måste begäras innan nye ägaren sökte lagfart. Vid samtidig ansökan om inskrivning skulle äganderättsförvärvet ha

142 Den 28 aug 1821, i HD:s registratur i Riksarkivet.
143 Günthers reservation, se motiven s 144 f.
144 8:32 JB, se motiven s 108.
145 9:39 JB, se motiven s 89 f. Jfr ovan vid not 103 ang fransk rätt. Jfr ock ovan not 15.
146 Införd i lagboken under 16:15 JB.
147 Införd i lagboken under 16:16 JB. Jfr ovan kapitel 3 vid not 83, kapitel 5 vid not 117 och kapitel 6 vid not 70.

företräde – i motsats till vad som var fallet enligt de båda civillagsförslagen.[148] Ett uttalat syfte med dessa förordningar, varav den senare reglerade även fall av dubbelöverlåtelse och köpares konkurrens med säljarens inteckningssökande borgenärer m m, var att göra förvärv av äganderätt till fast egendom säkrare. Dessförinnan hade en köpare kunnat råka ut för att fastigheten besvärades av olika dolda rättigheter, antingen därför att vissa rättigheter gällde utan inteckning (framför allt var detta fallet med undantagsavtal) eller därför att inteckning kunde sökas inom viss frist även sedan fastigheten överlåtits och nye ägaren sökt lagfart.[149]

Förordningarna år 1800, 1844 och 1845 avsåg endast inteckning av nyttjanderätt på landet. Möjlighet till inteckning av nyttjanderätt i stad gavs först genom en förordning år 1857,[150] som också begränsade tiden för sådan upplåtelse till högst tio år. Direkt anledning till denna lagstiftning var ett ökande behov av säkerhet för nyttjanderätter i stad, föranlett av tilltagande industri- och näringsverksamhet. Olägenheterna med den förut gällande rätten beskrevs av lagutskottet i motiven till 1857 års förordning på följande sätt:

»Näringsidkaren kan nu ej våga i en hyrd stadslägenhet nedlägga den kostnad, som för hans rörelses ändamålsenliga bedrifvande är af nöden; och den som lyckats få hyra en för sin rörelse passande lokal, kan ej vara förvissad att få behålla densamma under beräknad tid eller emot beräknade vilkor. En försäljning kan korsa alla hans beräkningar; och en hotelse derom har ock understundom begagnats för hyrans stegring, hvarpå hyresgästen hellre ingått, än att nödgas flytta sin rörelse från en lägenhet, hvarest den bedrifvits med fördel.»[151]

Begränsningen av tiden för upplåtelse av nyttjanderätt i stad till tio år motiverades med att annars alltför långa hyresavtal skulle kunna »motverka de förbättringar och byggnadsföretag, som omständigheterne till äfventyrs påkalla»,[152] en synpunkt som med kraft under riksdagsbehandlingen åberopades mot inskrivningsmöjlighet överhuvudtaget. En motion om att nyttjanderätter visserligen skulle kunna upplåtas på vad tid som helst men hyresgästen endast berättigas att få avtalet tryggat genom inteckning för kortare tid avvisades av lagutskottet med motiveringen att »lagen ej bör tillåta andra aftal, än dem, hvilka han kan och bör skydda».[153] Lagutskottet framhöll också mot dem som vände sig mot en begränsning i upplåtelsetiden, att den tidigare friheten varit förenad med föreskriften att köp bröt legostämma, att någon säkerhet för legoavtalets

148 3 § i 1845 års förordning. Jfr 8:31 JB i 1826 års förslag, 9:38 JB i 1847 års förslag.

149 Se vidare lagutskottets utl 1844:11 s 8 (propositionen) och s 12 samt diskussionen i riksdagen, t ex i bondeståndet den 9 oktober 1844 s 327 ff.

150 Införd i lagboken under 16:10 JB.

151 Lagutskottets utl 1857:14 s 3.

152 ibid s 4.

153 ibid s 1 f (motionen).

bestånd således ej funnits samt att denna osäkerhet gjort behovet av en tidsbestämmelse överflödigt.[154]

I rättspraxis under 1844 och 1845 års förordningar krävdes ej god tro av ny ägare rörande tidigare upplåten nyttjanderätt. Detta framgår klart av ett antal i Schmidts juridiska arkiv återgivna rättsfall från 1850-talet:

HD:s dom den 6.11.1850.[155] Fastighetsköpare ansågs, utan att något krav på god tro uppställdes, ej skyldig att respektera tidigare upplåtelse av nyttjanderätt. Särskilt tydlig är häradsrättens dom: »och den omständigheten att (köparen) genom samtal med (bl a säljaren) vunnit upplysning om det mellan (säljaren och nyttjanderättshavaren) avslutade kontrakt . . . icke kunde medföra förpliktelse för (köparen) att låta (nyttjanderättshavaren) få tillgodonjuta kontraktet . . .»

HD:s dom den 2.7.1852.[156] Ett undantagskontrakt hade intecknats 1834 men inteckningen hade sedan på grund av underlåten förnyelse förfallit. Den som ägde fastigheten när inteckningen förföll hade emellertid även därefter fullgjort undantaget. Sedan denne fastighetsägare gått i konkurs, vari undantagsrätten icke bevakades, sålde sysslomännen i konkursen fastigheten utan förbehåll för rättighetens bestånd. Rättighetshavarens ersättningskrav ogillades med tillämpning av 1844 års förordning. Häradsrätten hade dock icke ansett sådan »fordringsrätt» föreligga att bevakning i konkursen varit erforderlig.

HD:s dom den 30.11.1857.[157] Käranden hade köpt en fastighet, från vilken tidigare avsöndrats vissa delar. Svaranden hade köpt nyttjanderätten till dessa delar, varefter han försökt inteckna detta förvärv. Emellertid hade den ursprungliga upplåtelsen väl 1791 men icke sedermera blivit intecknad och i kraft bibehållen. Förre ägarens samtycke till nyttjandet, varom käranden ägt kännedom, ansågs icke binda käranden.

HD:s dom den 21.1.1858.[158] Genom äktenskapsförord tillförsäkrades hustru i händelse av mannens död undantagsförmån i fastighet. Härefter sålde mannen fastigheten till sin (ej hustruns) son, varvid denne utfäste sig att, därest äktenskapsförordet icke gjordes gällande, ge hustrun nyttjanderätt till viss lägenhet. Sedan sonen sökt lagfart och mannen avlidit, sökte hustrun inteckning för den genom äktenskapsförordet upplåtna undantagsförmånen. Inteckning vägrades emellertid jämlikt grunderna för 1844 års och 1845 års förordningar, emedan sonen ej ansågs ha åtagit sig faderns förbindelse.

Jfr HD:s dom den 24.9.1857[159] angående konkurrens mellan ointecknat undantagsavtal och senare äganderättsförvärv, ehuru fastigheten där sålts exekutivt. Köparen hade tidigare köpt fastigheten genom avtal med gäldenären, vilket köp emellertid gått åter. Hovrätten ville här upprätthålla den ointecknade undantagsförmånen och åberopade att köparen icke kunnat vara okunnig om rättigheten, som fanns upptagen i säljarens/gäldenärens åtkomsthandlingar. HD ändrade emellertid och förklarade köparen obunden av rättigheten.

154 ibid s 4.
155 SJA nr 23 s 427.
156 SJA nr 26 s 213.
157 SJA nr 31 s 335.
158 SJA nr 30 s 461.
159 SJA nr 31 s 294.

Intressanta är också rättsfallen NJA 1875 s 47 och s 310, där ny fastighetsägare ej ansågs med överlåtaren lika förbunden att tåla nyttjanderättsupplåtelse som vid tiden för överlåtelsen varit intecknad men vars inteckning sedermera förfallit till följd av underlåten förnyelse. Vid sidan av inteckningen skulle det alltså krävts ett förbehåll för att nye ägaren skulle bli bunden av nyttjanderätten sedan inteckningen förfallit. Medan rättsfallen från 1850-talet sannolikt endast gav uttryck för den traditionella uppfattningen om förhållandet mellan innehavare av nyttjanderätt eller dylika rättigheter och ny fastighetsägare, så kan enligt min mening rättsfallen från 1875 misstänkas vara uttryck för påverkan från tysk rätt, nämligen abstraktionsprincipen. Avtalet om nyttjanderätt ansågs tydligen i de nämnda rättsfallen endast binda parten, upplåtaren, medan »sakrätten» förvärvades genom inteckningen -- och var beroende av dess bestånd! [160]

Nämnas kan också det märkliga förhållande att man i rättspraxis under denna tid vägrade att ge hyresgäst i stad rätt till skadestånd av upplåtaren om ny ägare bröt nyttjanderätten. Till detta resultat kom HD genom en motsatstolkning av 16:15 JB, enligt vars ordalag landbo vid förtida uppsägning hade rätt att återfå så stor del av städjan som motsvarade återstående legotid.[161]

b) 1875 års inteckningsförordning

Under förarbetena till 1875 års inteckningsförordning berördes förhållandet mellan nyttjanderättshavare och ny fastighetsägare både vid 46 §, som gav nyttjanderättshavaren möjlighet att få skydd genom inteckning, och vid 48 §, som stadgade att ny ägare till fastigheten under alla omständigheter var bunden av nyttjanderätt som förbehållits vid överlåtelsen.

I propositionens av riksdagen godtagna förslag till 46 § stadgades:

»Är eganderätt öfverlåten till en och nyttjanderätt upplåten till annan; gälle nyttjanderätten, om inteckning derför sökes förr än lagfart å fånget. Sökas lagfart och inteckning samma dag; vare ock då nyttjanderätten gällande, om upplåtelsen deraf är äldre än öfverlåtelsen af eganderätten.»[162]

I olikhet mot 1845 års förordning, vars regel om företräde för äganderättsförvärvet vid samtidig ansökan om inskrivning egentligen icke motiverades i

160 Jfr NT 1867 s 538, NJA 1878 s 135, 1885 s 304, 1893 s 55 och 205, 1894 s 312 och 322 samt 1899 s 525.

161 NJA 1875 s 420. Jfr NT 1865 s 365, NJA 1876 s 401, 1879 s 199, 1888 s 520, 1894 s 322, 1905 s 185 och 1906 s 53. Jfr också Genius s 150, som nämner tyska försök att i gemeines Recht vägra nyttjanderättshavaren skadestånd i denna situation med motiveringen att nyttjanderättshavaren måste räkna med en försäljning av egendomen.

162 Se prop 1875:27 s 21. Min kursivering.

lagstiftningsärendet,[163] stadgade alltså 1875 års inteckningsförordning att nyttjanderätten vid *samtidig ansökan om inskrivning* skulle ha företräde framför äganderättsförvärvet om den var äldre. I propositionen motiverades ändringen (av lagbyrån) på följande sätt:

»I olikhet med förordningen den 19 maj 1845, hvilken äfven med afseende å nyttjanderätterna fastställer den grundsats, att, då lagfart och inteckning samtidigt sökas, inteckningssökanden måste vika för den, som förvärfvat eganderätten, har såväl i Lagkomiténs som i Lagberedningens förslag företrädet emellan eganderätt och nyttjanderätt, då de samma dag hos Rätten anmälas till lagfart och inteckning, blifvit bestämdt efter aftalens ålder, så att det tidigare ingångna aftalet eger bättre rätt. Då båda rättigheterna, deri skiljande sig från panträtten, redan före offentliggörandet genom lagfart eller inteckning uppkommit såsom sakrätter genom det angående dem slutna aftalet, synes enligt allmänna rättsregler tiden för aftalens tillkomst böra afgöra företrädet dem emellan i det fall att de samtidigt hos Rätten offentliggöras, så mycket hellre som det omöjligen kan på förhand såsom allmängiltig regel bestämmas, att den ena af dessa rättigheter skall i verkligheten vara för innehafvaren af större eller mindre vigt än den andra . . .»[164]

Häremot opponerade sig emellertid lagutskottet, som hänvisade till principen »köp bryter lega» och förordade ett bibehållande av företrädet för äganderättsförvärv vid samtidig ansökan om inskrivning:

»I 16 Cap. 15 § Jordabalken stadgas, att köp bryter legostämma. För att bringa förevarande § i öfverensstämmelse med nämnda lagrum och då rättskänslan icke synes fordra att vid bestämmandet af företrädesrätten emellan sakrätter af olika omfång och juridisk verkan tilldela dem alla lika rätt, utan det fasthellre torde vara väl grundadt, att tillerkänna eganderätten, såsom den mest fullständiga sakrätt, företräde framför de öfriga, har Utskottet ansett sig böra uti ifrågavarande § förorda den med nu gällande lag öfverensstämmande ändring, att, om lagfart och inteckning för nyttjanderätt samma dag sökas, innehafvaren af nyttjanderätten skall, utan afseende derpå att upplåtelsen deraf är äldre än öfverlåtelsen af eganderätten, vika för den nye egaren.»[165]

De båda motstående uppfattningarna kom till uttryck också i riksdagens debatt om lagförslaget.[166]

Man kan i nu refererade uttalanden se hur den gamla romerska uppfattningen av äganderätten som en över obligatoriska rättigheter dominerande sakrätt

163 Se lagutskottets utl 1844:11 s 8: »(osäkerheten) . . . bör förebyggas, genom en fullständig tillämpning af den grundsatts, att, vid uppkommande stridiga anspråk, egare och inteckningshafvare emellan, skall företrädet bero deraf, antingen lagfarten eller inteckningen skett först; likväl så, att, om flere söka lagfart och inteckning vid samma rättegångstillfälle, inteckningssökanden må vika för den nye egaren.»

164 Motiven till 46 § inteckningsförordningen, se prop 1875:27 bil s 64.

165 Lagutskottets utl 1875:19 s 34 f.

166 Se t ex första kammarens protokoll den 15 maj 1875, III s 5 ff.

fortfarande bryter sig mot den i naturrätten grundade och av det framväxande inskrivningsväsendet befordrade uppfattningen av nyttjanderätten som en med äganderätten likvärdig sakrätt.[167] Lagutskottet försvarade den romerska uppfattningen medan propositionen grundades på ett naturrättsligt betraktelsesätt. I den segrande propositionen tillämpades – här lika väl som i fall av dubbelöverlåtelse – grundsatsen att man i första hand tog hänsyn till tidpunkten för ansökan om inskrivning och i andra hand – som en subsidiär »rättviseregel», grundad i en uppfattning om rättigheternas lika värde – till tidpunkten för avtalet.[168]

Brytningen mellan det romerska och det naturrättsliga äganderättsbegreppet framträdde också tydligt i Nordlings kommentar till 1875 års inskrivningslagstiftning. Nordling är där så vältalig att ett citat försvarar sin plats:

»Vi hafva talat om eganderätten såsom en hufvudsaklig (primär) rätt och om de öfriga rättigheterna såsom sekundära. Den förre är ock hufvudsaklig i förhållande till de andra först i det hänseende, att han afser hvarje slags bruk af fastigheten och hennes brukande för all tid, under det att de senare afse blott ett särskildt bruk eller särskilda slags bruk af fastigheten eller en del af henne eller hennes brukande för en begränsad tid, samt vidare så väl däri, att de andra rättigheterna, åtminstone i allmänhet, utgå från och genom eganderätten, eller med andra ord utgöra utbrytningar uppkomna genom afhandling med innehafvaren af nämnde rätt, som äfven däri, att de vid sitt upphörande omedelbart uppgå i honom. Att eganderätten kan stå i sådant förhållande till de andra rättigheterna är möjligt genom den spänstighet, som utmärker honom, hvilken gör, att på samma gång han till sitt väsen är den mest omfattande af alla rättigheter, han till lika utan att upphäfvas tål inskränkning af andra intill all betydenhets yttersta gräns dock med bevarad förmåga att å nyo utvidga sig till full oinskränkthet. Det är ock därför en falsk uppfattning af eganderättens egenskap att vara den hufvudsakliga och mest betydande rättigheten, att tillkänna honom makt att för hvarje gång, han träder fram i ny hand, göra till intet de rättigheter i öfrigt, som då hvila på fastigheten. I eganderättens natur ligger lika litet hinder för den gällande kraften af andra rättigheter i fastigheten, som äro äldre än en viss i fråga varande eganderätt, som för uppkomsten af nya sådana ur och genom samme eganderätt. – Genom sin primära karaktär, sådan vi nu utvecklat densamme, bildar eganderätten i sin fortlöpande gång ur en hand i en annan den fasta stam, på hvilken rättsbildningen i öfrigt med afseende på fastigheten hvilar. Hvarje ny förvärfvad eganderätt utgör lika som den rakt uppskjutande fortsättningen af stammen, och åt sidorna skjuta, liknande grenar, de sekundära rätterne fram den ena efter den andra, hvar och en för att efter någon tids tillvaro dö bort och lemna rum för en annan.»[169]

Om alltså den naturrättsliga uppfattningen av nyttjanderättsupplåtelser och äganderättsförvärv som likvärdiga sakrätter segrade vid 46 § inteckningsförordningen, kom emellertid principen »köp bryter lega» – till följd av den svenske

167 Jfr ovan kapitel 3 vid not 15.
168 Jfr not 163 ovan.
169 Nordling s 25 f.

lagstiftarens beroende av dels den i tysk och fransk rätt utvecklade *abstraktionsprincipen*, dels *det romerska äganderättsbegreppet* – att bevaras vid 48 §. Visserligen skulle förbehåll enligt denna § göra den nye ägaren bunden av ointecknad nyttjanderätt (till förmån för säljaren eller annan), men god tro skulle icke krävas av den nye ägaren. Tanken på ett godtroskrav avvisades i motiven till 48 § på följande sätt:

»Om i handling, hvarigenom eganderätt öfverlåtes, annans nyttjanderätt, ehuru ej uttryckligen förbehållen, ändock är så tillkännagifven att den, som förvärfvat eganderätten, kunde anses hafva derom erhållit tillförlitlig kännedom, skulle, enligt Lagberedningens förslag, nyttjanderätten emot honom ega bestånd. Förevarande förslag deremot ansluter sig till den af Lagkomitéen samt en reservant inom Lagberedningen omfattade åsigt, att den icke intecknade nyttjanderätten gäller emot nye egaren endast i det fall, att denne är dertill förbunden genom uttryckligt förbehåll vid egendomens förvärfvande. Skall afseende fästas vid nye egarens blotta vetskap derom att en upplåtelse skett, är det svårt att förklara hvarföre, endast i det fall att sjelfva öfverlåtelsehandlingen innefattar upplysning om nyttjanderätten, nye egarens kännedom derom antagits medföra skyldighet för honom att lemna nyttjanderätten orubbad, och hvarföre icke enahanda skyldighet borde uppkomma derest genom andra bevisningsmedel blefve lagligen styrkt att han om nyttjanderätten haft tillförlitlig kännedom. Vid sådant förhållande har *till förekommande af osäkerhet och tvister* uppstälts såsom regel, att endast ett uttryckligt aftal kan ersätta bristen på inteckning, hvarvid dock naturligtvis på omständigheterna i hvarje särskildt fall kommer att bero huruvida nyttjanderättens tillkännagifvande i öfverlåtelsehandling må tolkas såsom förbehåll om dess bestånd.»[170]

I motiven till 48 § inteckningsförordningen menade alltså lagbyrån att ett krav på god tro hos ny fastighetsägare rörande tidigare upplåtna men ointecknade nyttjanderätter skulle leda till osäkerhet och tvister. Denna uppfattning bör enligt min mening ses som uttryck för påverkan från den i tysk och fransk rätt utvecklade abstraktionsprincipen.[171] Överensstämmelsen mellan den svenske lagstiftarens farhågor för osäkerhet och tvister rörande förekomsten av god tro vid konkurrens mellan nyttjanderättsupplåtelse och senare äganderättsförvärv och de i tysk och fransk rätt uttalade farhågorna för osäkerhet och processer till följd av ett godtroskrav vid dubbelförsäljning och liknande situationer är påtaglig. Resultatet var emellertid högst olika i å ena sidan tysk och fransk, å andra sidan svensk rätt. Medan dessa farhågor i tysk och fransk rätt åberopades mot uppställande av ett godtroskrav mera generellt, blev de i svensk rätt ett ändamålsskäl för principen »köp bryter lega». Denna skillnad är svår att förklara på annat sätt än att lagbyrån – helt i strid med den principiella uppfattning om rättigheternas jämställdhet som kom till uttryck i motiven till 46 § – genom ett återfall i det romerska äganderättsbegreppet kom att prioritera

170 Prop 1875:27 bil s 64 f. Min kursivering.
171 Se ovan kapitel 5 vid not 25 ff och 62 ff.

äganderättsförvärvens säkerhet framför säkerheten i nyttjanderättsupplåtelser.[172]

Givetvis var varken lagbyrån eller någon annan medveten om denna kullerbytta. 12 § lagfartsförordningen, som reglerade fall av dubbelöverlåtelse, hade utan närmare motivering övertagits från 1845 års förordning. Den diskussion om sakrättsbegreppets absoluta eller relativa karaktär som i riksdagen förekom i anslutning till detta stadgande,[173] ledde aldrig fram till frågan om den senare köparen skulle avkrävas god tro för att få åberopa en tidigare lagfartsansökan. Man koncentrerade istället sin uppmärksamhet på vad som skulle gälla vid samtidig ansökan om inskrivning. Visserligen torde man kunna antaga att lagbyrån på grund av sitt relativa sakrättsbegrepp skulle ha uppställt ett godtroskrav om frågan aktualiserats. Men så skedde alltså icke. Underlag för en jämförelse mellan fall av dubbelöverlåtelse och fall av konkurrens mellan en nyttjanderättsupplåtelse och ett senare äganderättsförvärv fanns alltså icke omedelbart till hands, när godtrosfrågan aktualiserades i motiven till 48 § inteckningsförordningen. Någon direkt anledning till jämförelse med fall av dubbelöverlåtelse fanns ju icke heller vid denna §, som handlade om förbehåll för nyttjanderätten. Kanske hade man tänkt mera, om godtrosfrågan istället diskuterats i motiven till 46 § som en förutsättning för senare förvärvares företräde på grund av inskrivning.

Av allt att döma var man icke heller medveten om vilken gökunge man fått i boet genom avvisandet av ett godtroskrav i motiven till 48 § inteckningsförordningen. Härpå tyder bl a ett uttalande av Nordling i hans kommentar till lagstiftningen. Nordling menade att principen »köp bryter lega» avskaffats genom 46 § inteckningsförordningen.[174]

Min teori, att avvisandet av ett godtroskrav i detta sammanhang var uttryck för påverkan från tysk och fransk rätt, stöds också av den ovan redovisade rättspraxis, enligt vilken ny ägare icke ansågs bunden av nyttjanderätt som varit intecknad vid tiden för hans förvärv men för vilken inteckningen sedermera förfallit på grund av underlåten förnyelse.[175] För att nye ägaren skulle bli bunden personligen hade krävts ett förbehåll vid sidan av inteckningen. Detta kan säkerligen med fog uppfattas som »abstraktion» av det sakrättsliga läget från det obligationsrättsliga förhållandet mellan parterna i nyttjanderättsavtalet.

172 Annars hade väl lagbyrån utvecklat skälen för en prioritering av säkerheten i äganderättsförvärvet. Jfr nedan vid not 188 ff och under 8 c. Jfr ock Ribbing i FK prot den 15 maj 1875, III s 25 ff, där äganderättens företräde framför begränsade rättigheter betecknades som en »*tredje* princip jemte lagfarten och kontraktet».

173 Se ovan kapitel 3 vid not 82 ff.

174 Nordling s 26 not 2. Nordling behandlade också frågan om god tro borde krävas de lege ferenda och menade att det var att beklaga från rent juridisk synpunkt att god tro icke krävdes, se s 269 f.

175 Se ovan vid not 160.

c) 1907 års nyttjanderättslag

ca) Inledning

Principen »köp bryter lega» aktualiserades vid lagstiftning nästa gång i samband med 1907 års lag om nyttjanderätt till fast egendom (nyttjanderättslagen). Härvid avskaffades stadgandet i 16:15 JB, men principen om äganderättsförvärvets företräde gavs istället – i något förändrad form – uttryck i 1:3 nyttjanderättslagen, vars första stycke löd sålunda:

»Sker öfverlåtelse af fastighet, hvartill nyttjanderätt upplåtits, vare nyttjanderätten ej gällande mot nye ägaren, med mindre vid öfverlåtelsen skett förbehåll om nyttjanderättens bestånd eller på grund af inteckning eller inskrifning, enligt hvad därom är stadgadt, nyttjanderätten skall fortfarande gälla; dock att i fråga om rätt för arrendator eller hyresgäst att i visst fall njuta sin nyttjanderätt till godo gäller hvad i 2 kap. 28 § och 3 kap. 19 § därom stadgas.»

I de lagrum vartill hänvisning skedde stadgades att nyttjanderättsavtalet utan särskilt förbehåll skulle gälla mot ny ägare om överlåtelse av fastigheten skedde efter det att arrendatorn eller hyresgästen tillträtt fastigheten, under den ytterligare förutsättningen att avtalet var skriftligen upprättat. Var avtalet muntligt kunde den nye ägaren uppsäga det under tre månader räknat från överlåtelsen.

Utgångspunkten var alltså att nyttjanderätten ej skulle gälla mot ny ägare, men vissa undantag angavs. Bland undantagen fanns dels de redan förut kända, förbehåll och inteckning, dels ett nytt: arrendators och hyresgästs besittningsskydd enligt angivna lagrum. Besittningsskyddet motiverades med att arrendatorns och hyresgästens besittning icke gärna kunde förbli obemärkt av den som ämnade inlåta sig på köp av fastigheten.[176] I den allmänna rättssäkerhetens intresse avstod man emellertid fortfarande från att uppställa ett krav på god tro hos den nye ägaren.[177] Genom reglerna om besittningsskydd för arrende och hyra fick dock denna fråga mindre praktisk betydelse.

Genom 1907 års lagstiftning gjordes vidare den ändringen i 46 § inteckningsförordningen, att äganderättsförvärvet vid samtidig ansökan om inskrivning tillerkändes obetingat företräde.[178]

cb) Övergång till en »ipso-iure»-teori?

Förut hade principen »köp bryter lega» kommit till uttryck i 16:15 JB på det sättet att köparen givits makt att uppsäga nyttjanderättshavaren till nästa fardag, oberoende av villkoren i nyttjanderättsavtalet. Nu kom principen att framställas

176 Lagberedningen I 1905 s 152.
177 Se ang godtrosfrågan nedan under cc).
178 Se nedan under cd).

som en underförstådd utgångspunkt för ett antal i lagen angivna undantag. Om inte något sådant undantag var för handen skulle nyttjanderätten inte gälla mot den nye ägaren. Man kan fråga sig om det ändrade uttryckssättet på något sätt medförde att nyttjanderättshavare, som förut utan risk för skadeståndsskyldighet kunnat utöva sin rättighet till dess han uppsades av den nye ägaren, nu blev sämre ställd därför att nyttjanderätten upphörde att gälla redan genom själva överlåtelsen. Var det en »ipso-iure»-teori som nu infördes?[179]

Ingenting i nyttjanderättslagens motiv tyder på att man avsåg att förändra innebörden i principen »köp bryter lega».[180] Klart är också att det ingalunda var meningen att en överlåtelse av fastigheten enligt 1907 års lag skulle lösa nyttjanderättshavaren från hans skyldigheter enligt nyttjanderättsavtalet, något som hade varit en naturlig konsekvens av en »ipso-iure»-teori.[181] Det kan dock ha sitt intresse att här se något på rättspraxis från tillämpningen av 16:15 JB och 46 § inteckningsförordningen under slutet av 1800-talet och början av 1900-talet intill 1907 års lag. Med kännedom om denna praxis kan säkrare bedömas om den nya formuleringen trots allt var ägnad att medföra en förändrad innebörd i principen »köp bryter lega».

Bortser vi till en början från de problem som skapades av möjligheten till inskrivning av nyttjanderätt även efter överlåtelse av fastigheten, så torde åtminstone upplåtelser av *arrende och hyra* enligt 16:15 JB ha bestått till fardag efter uppsägning, under förutsättning att tillträde skett före överlåtelsen. Om tillträde ej skett (och nyttjanderätten ej varit intecknad redan vid överlåtelsen) kunde nye ägaren naturligt nog motsätta sig tillträde.[182] Någon utövning av nyttjanderätten var då ej aktuell och nyttjanderätten måste anses ha upphört genom själva överlåtelsen. I dessa regler torde 1907 års lagstiftning icke ha gjort någon annan ändring än vad som föranleddes av de nya reglerna om besittningsskydd.[183]

Annorlunda synes det ha förhållit sig med nyttjanderätter av annat slag än hyra och arrende, såsom *skogsavverkningsrätt.* Här ansågs av allt att döma nyttjanderätten upphöra redan genom själva överlåtelsen av fastigheten eller, om nyttjanderätten var intecknad vid överlåtelsen, då gällande inteckning senare förföll, oberoende av om tillträde skett vid överlåtelsen. Belysande är särskilt rättsfallet NJA 1893 s 205. Där hade en skogsavverkningsrätt varit intecknad när fastigheten överläts till ny ägare. Den nye ägaren ansågs, sedan inteckningen förfallit till följd av underlåten förnyelse, berättigad till skadestånd för avverkning som nyttjanderättshavaren därefter företagit under två år utan protester från nye ägaren, och detta trots att nye ägaren från nyttjanderätts-

179 Jfr ovan vid not 14 och not 94.

180 Lagberedningen I 1905 s 73 ff.

181 Lagberedningen I 1905 s 105 och 155. Jfr Hasselrot VI s 1108. Vid avtal om tidsbefraktning av fartyg menar dock Grönfors, Nordisk Gjenklang s 433 vid not 43, att befraktaren ej är skyldig att godtaga en ny ägare.

182 Se det nedan behandlade rättsfallet NJA 1908 s 20. Jfr NJA 1874 s 144.

183 Jfr ang gällande rätt Hessler s 320 f.

havaren (efter avverkningen) mottagit ränta på resterande ursprunglig ersättning för upplåtelsen. Långtifrån att begränsa ersättningsskyldigheten till avverkning som skett efter uppsägning av nyttjanderätten tolkade alltså HD (under dissens) varken nye ägarens passivitet eller hans mottagande av ränta på ersättning för upplåtelsen som ett godtagande av rättigheten. En dissident tolkade mottagandet av räntan som ett godtagande av nyttjanderätten. En annan ansåg icke skadeståndsskyldighet föreligga under framhållande att nyttjanderättshavaren fått förbliva i oklandrad utövning av avverkningsrätten.[184] – Man torde kunna antaga att detsamma gällde rättigheter att taga grus eller lera o d.

Hur var då läget när nyttjanderätten fortfarande kunde vinna skydd genom inteckning, alltså då inteckning icke förbjudits i nyttjanderättsavtalet och nye ägaren ännu ej sökt lagfart? Här föreligger två intressanta rättsfall från 1908 och 1909, som båda gällde tillämpning av 16:15 JB och icke 1907 års lag.

I NJA 1908 s 20 hade en fastighetsägare först hyrt ut sin fastighet och sedan, omedelbart före hyrestidens början, sålt fastigheten till annan person utan förbehåll om nyttjanderätten. Nyttjanderättshavaren försökte att komma i besittning av fastigheten men avvisades av den nye ägaren. Därefter sökte nyttjanderättshavaren och den nye ägaren samma dag inskrivning av sin rätt. I målet yrkade nyttjanderättshavaren skadestånd av nye ägaren på den grund att han vägrats tillträde till fastigheten. Yrkandet ogillades av HD:s majoritet, som uttalade att nye ägaren icke lagligen varit skyldig att tillåta nyttjanderättshavaren att träda i utövning av sin nyttjanderätt, förrän i den ordning som sades i 46 § inteckningsförordningen blivit avgjort, att nyttjanderätten skulle äga företräde framför den nye ägarens äganderätt. Uttalandet torde få tolkas så att uppsägning å ena sidan icke krävdes för att nyttjanderätten skulle anses upphöra vid överlåtelse av fastigheten (om tillträde ej skett) men att å andra sidan uppsägning icke uteslöt att nyttjanderättshavaren senare vann skydd genom inteckning av nyttjanderätten. En dissident (justitierådet Quensel) synes ha ansett att inteckning av nyttjanderätten ej skulle kunna ske efter det att nyttjanderättshavaren avvisats av den nye ägaren. Två andra dissidenter synes ha ansett att nyttjanderätten icke upphört genom själva överlåtelsen av fastigheten utan i kraft av den senare inteckningsansökningen fortfarit att gälla även efter överlåtelsen, utan något interregnum.

I 1909 års fall – NJA 1909 s 181 – intog HD en härifrån avvikande ståndpunkt. Där förpliktades innehavare av skogsavverkningsrätt att betala ersättning till ny fastighetsägare endast för avverkning som företagits efter det att nye ägaren (sökt och) »erhållit lagfart». Här ansåg HD tydligen att

[184] 1893 års rättsfall kan måhända ses som ett uttryck för abstraktionsprincipen: ny ägare ansågs icke bunden av överlåtarens avtal med nyttjanderättshavaren. Jfr ang passivitetsverkan NJA 1885 s 304 och 1906 s 283 samt ang mottagande av ersättning 1889 s 69. Jfr ock Hasselrot VI s 1108, som menade att legoavtal icke bröts »i och med det saken af legogifvaren försäljes. Köparen måste tillsäga legotagaren, att legoaftalets brytande påfordras.» Ang passivitetsverkan se ock Bengtsson, Nyttjanderätt s 29.

nyttjanderätten, trots att den senare icke vann skydd genom inteckning, bestått till dess det blivit klart att sådant skydd ej längre kunde vinnas.[185] Avverkning kunde, oavsett överlåtelse av fastigheten, ske med stöd av uppgörelsen mellan nyttjanderättshavaren och förre ägaren. Först då nye ägaren fick sin rätt inskriven upphörde nyttjanderätten och blev nyttjanderättshavaren skadeståndsskyldig för fortsatt avverkning.

Sammanfattningsvis kan alltså sägas att ett slags »ipso-iure»-teori redan enligt 16:15 JB tillämpades beträffande arrende och hyra som ej tillträtts och beträffande skogsavverkningsrätt och – sannolikt – även beträffande sådana rättigheter som rätt till grustäkt o d. Dessa rättigheter upphörde att gälla antingen genom själva överlåtelsen av fastigheten eller, om de var intecknade vid överlåtelsen, då inteckningen sedermera förföll på grund av underlåten förnyelse, eller möjligen, om de kunde intecknas, då nye ägaren sökte lagfart och därigenom uteslöt vidare inteckning av nyttjanderätten. Endast beträffande arrende och hyra som tillträtts krävdes uppsägning. Å andra sidan ansågs uppsägning icke hindra att nyttjanderätten senare vann skydd genom inskrivning.

Mot bakgrund av dessa regler synes 1907 års lagstiftning icke ha kunnat innebära någon övergång till en »ipso-iure»-teori. En sådan teori tillämpades redan i betydande utsträckning. Snarare pekar rättspraxis, där dock tvister mellan nyttjanderättshavare och ny fastighetsägare efter omkring 1910 blev sällsynta (sannolikt beroende på tidigare kraftiga begränsningar i den lagstadgade maximitiden för upplåtelser av skogsavverkningsrätt),[186] på en mera generös attityd mot nyttjanderättshavare i här berörda frågor. Noteras bör att HD i två rättsfall 1919 och 1922[187] fastslog att skogsavverkningsrätt i likhet med arrende och hyra skulle gälla till dess uppsägning skedde, sedan lagstadgad maximitid för upplåtelsen utlöpt.

cc) Frågan om god tro skulle krävas av ny ägare

God tro skulle alltså icke heller enligt 1907 års nyttjanderättslag krävas av ny fastighetsägare vid konkurrens med innehavare av tidigare upplåten men varken förbehållen eller intecknad nyttjanderätt. Skälen härtill utvecklades ganska utförligt i motiven till 1:3. Vad som där anfördes är här av stort intresse på grund av dess betydelse för den allmänna synen på förhållandet mellan äganderättsförvärv och nyttjanderättsupplåtelser. Jag tar mig därför friheten att göra ett långt citat.

Sedan lagberedningen anmärkt att äganderättsförvärvet enligt den i 16:15 JB uttryckta principen »köp bryter lega» gick före nyttjanderätten samt att

185 Jfr häradsrätten i NJA 1909 s 246: ». . . samt vid sådant förhållande (köparen), såsom efter sökt och vunnen lagfart icke vidare bunden af kontraktet, vore berättigad till godtgörelse . . .»

186 Upplåtelsetiden begränsades 1889 till 20 år och 1903 till fem år.

187 NJA 1919 s 535 och 1922 s 563. Jfr 2:3 nyttjanderättslagen i dess ursprungliga lydelse, lagberedningen I 1905 s 97 f.

nyttjanderättshavaren således måste vika för nye ägaren om förbehåll icke skett vid överlåtelsen, anförde lagberedningen följande:

»I sakens natur är en sådan ordning icke grundad. *Den ena rätten är i och för sig lika god som den andra.* För den naturliga rättskänslan innebär det utan tvifvel något stötande, att en väl förvärfvad rätt genom upplåtarens ensidiga åtgärd sålunda beröfvas dess innehafvare, och om än lagen därvid fäster skyldighet för upplåtaren att gälda den skada, hans åtgärd vållar den andre, är den ersättning, som på denna väg kan uppnås, alltid oviss, sällan tillfredsställande. Under rättsutvecklingens gång har en sådan uppfattning, särskildt i den mån jordäganderättens allt behärskande sociala betydelse trädt tillbaka, alltmer vunnit erkännande.

Men äfven om man icke vill i och för sig tillmäta nyttjanderätten en underordnad betydelse i förhållande till äganderätten, äfven om man vill bereda nyttjanderätten skydd mot ny ägare af fastigheten, måste det dock tillses att icke genom det rättsskydd, man gifver nyttjanderätten, *säkerheten i omsättningen af fastigheter äfventyras.* Det bör icke ifrågasättas att under alla förhållanden tillägga nyttjanderätten giltighet mot en senare öfverlåtelse af äganderätten. Skulle den, som förvärfvar en fastighet, när han tager sin egendom i besittning, kunna mötas af nyttjanderättsanspråk, om hvilka han vid egendomsförvärfvet *icke hade en aning* och som i väsentlig mån inkräkta på hans befogenhet att göra sig till godo den rätt, han förvärfvat, skulle sådant innebära *en fara för omsättningens trygghet,* hvilken icke kan af lagstiftaren lämnas obeaktad. Väl är denna omsättning underkastad faran däraf att en tidigare öfverlåtelse af äganderätten själf gör ett senare förvärf betydelselöst; men detta förhållande, i och för sig en väsentlig olägenhet, bör icke föranleda, att man för uppnående af formell öfverensstämmelse utsträcker grundsatsen att gälla utöfver det område, där den är oundgänglig. Företrädet i rätt må väl, när det är fråga om rättigheter af samma slag, bestämmas af prioriteten i rättens tillkomst; men när det gäller stridighet mellan rättigheter af olika slag, är det i sin ordning, om hänsyn tages till den allmänna betydelsen af rättsförvärfvets betryggande vid de olika slagen. Från sådan synpunkt lärer det icke kunna bestridas att *säkerheten i äganderättsförvärfvet i första rummet förtjänar att beaktas.*

. . . Får en intecknad nyttjanderätt gälla mot ny ägare, kunde det emellertid ifrågasättas, huruvida man icke följdriktigt borde gå vidare och låta nyttjanderätten oberoende af inteckning gälla mot ny ägare af fastigheten, såvida han, när han förvärfvade denna, *ägde kunskap* om nyttjanderätten. Från angifna synpunkt vore i och för sig häremot icke något att anmärka. I sådan allmänhet har emellertid Beredningen funnit sig icke kunna tillstyrka en förändring. Huruvida en dylik kunskap vid förvärfvstillfället funnits eller icke, och huruvida den kännedom, förvärfvaren må antagas hafva ägt om nyttjanderätten och de villkor, hvarunder den upplåtits, kan anses tillräcklig för att han däråa skall kunna grunda ett omdöme om den verkliga betydelsen af hvad han underkastar sig, äro omständigheter, hvilka ej sällan skulle framstå såsom i hög grad ovissa. Med en dylik anordning skulle därför *fältet lämnas öppet för ofta nog långvariga tvister och emellertid skapas ett tillstånd af osäkerhet,* lika hinderligt och tryckande för den ene som för den andre. Redan möjligheten af dylika rättegångar skulle kunna komma att verka *hämmande vid omsättningen af fastigheter och därmed i sin mån beröra äfven fastighetskrediten.* En sådan påföljd har Beredningen ansett vara i den grad betänklig, att det funnits nödvändigt att utestänga den.»[188]

[188] Lagberedningen I 1905 s 73 ff. Kursiveringar av mig.

Låt oss granska detta resonemang litet närmare. Den första fråga som då inställer sig är varför osäkerhet i äganderättsförvärv skulle vara farligare än osäkerhet i nyttjanderättsupplåtelser. Lagberedningen menade uppenbarligen att »den allmänna betydelsen» av säkerhet var större vid äganderättsförvärv än vid nyttjanderättsupplåtelser, men någon motivering för detta ställningstagande anfördes icke. Sannolikt ansåg sig beredningen här blott ge uttryck för den uppfattning som framförts av lagbyrån i motiven till 48 § inteckningsförordningen.[189] Genom lagbyråns i abstraktionsprincipen grundade ställningstagande mot ett godtroskrav i motiven till 48 § inteckningsförordningen hade – trots »jämlikhetsförklaringen» i motiven till 46 § inteckningsförordningen – förutsättningar skapats för ett återupplivande av föreställningen om äganderättsförvärvets dominans. Nu var tiden kommen. Nu åberopade lagberedningen, som också bekände sig till teorien om rättigheternas lika värde, ett icke närmare preciserat ändamålsresonemang – »den allmänna betydelsen av rättsförvärvens betryggande vid de olika slagen». Detta ändamålsresonemang granskas närmare nedan, sedan det belysts även med uttalanden rörande nyttjanderätt till lös egendom. Det visar sig då icke hållbart.[190]

Även i övrigt måste man sätta frågetecken för lagberedningens resonemang i det citerade uttalandet. När lagberedningen i slutet av citatets andra stycke talade om att säkerheten i äganderättsförvärvet i första rummet förtjänar att beaktas, synes den ha utgått från att äganderättsförvärvet enligt de föreslagna reglerna faktiskt var bättre skyddat än en nyttjanderättsupplåtelse. Så var emellertid inte fallet i den av lagberedningen diskuterade situation, där äganderättsförvärvaren *icke hade en aning* om upplåtelsen. Ett äganderättsförvärv som skett i god tro blev enligt regler som gällt sedan 1845 skyddat mot tidigare nyttjanderättsupplåtelse först genom att nye ägaren sökte lagfart. Intill dess kunde nämligen nyttjanderätten befästas genom att nyttjanderättshavaren sökte inteckning för sin rätt. Precis detsamma var läget för nyttjanderättshavaren, om överlåtelsen skett först och upplåtelsen av nyttjanderätt senare. En nyttjanderättshavare i god tro kunde då befästa sin rätt gentemot ny ägare genom tidigare inskrivningsansökan. Ny ägare i god tro och nyttjanderättshavare i god tro hade alltså precis samma möjlighet att genom tidigare ansökan om inskrivning tränga undan den äldre rättigheten.[191]

Vidare antog lagberedningen i citatets tredje stycke att ett krav på god tro hos ny ägare rörande tidigare upplåten nyttjanderätt skulle lämna fältet öppet för tvister och skapa ett tillstånd av osäkerhet, samt att redan möjligheten av rättegångar skulle kunna komma att inverka hämmande på fastighetsomsättningen och därmed i sin tur beröra fastighetskrediten. Till det yttre förefaller denna argumentering också att vara en utveckling av lagbyråns motiv till 48 § inteckningsförordningen, och det var nog också lagberedningens avsikt att den

189 Jfr not 172 ovan samt lagutskottets uttalande vid not 165 ovan.
190 Se nedan under 8 c.
191 3 § i 1845 års förordning, 46 § inteckningsförordningen 1875.

skulle vara det. På båda ställena åberopas risken för osäkerhet och tvister mot ett krav på god tro, alltså det argument som här tidigare tolkats som en blandning av abstraktionsprincipen och det romerska äganderättsbegreppet. Lagberedningens uttalande innehåller emellertid också andra moment. Där talas om hämmande av omsättningen och inverkan på fastighetskrediten. Vad menade man med detta?

Såvitt jag kan förstå har man här blandat in en helt ny tankegång, som alls icke passar i sammanhanget, om man är ute efter att tillgodose behovet av säkerhet i omsättningen. För förståelse av lagberedningens uttalande kan det måhända vara intressant att se vad professor Meibom anförde till försvar för principen »köp bryter lega» i sitt inledningsreferat vid den 19 tyska juristdagen 1888. Meibom anförde där bl a följande:

»Wenn man den Erwerber an die vom Vorbesitzer abgeschlossenen Miethverträge bindet, wird die Veräusserung erschwert. Wenn auch unter Umständen, namentlich bei Wohnungen, welche regelmässig durch Vermiethung verwerthet werden, die bestehende vortheilhafte Vermiethung einen Antrieb zum Erwerbe bildet, so kann doch der Zwang zur Beibehaltung der bestehenden Miethverhältnisse in vielen Fällen vom Erwerbe abschrecken, sei es wegen der nachtheiligen Miethbedingungen oder wegen der Persönlichkeit der Miether oder weil der Erwerb zum Zwecke eigener Benutzung des Grundstücks beabsichtigt wird. Der Zwang zur Beibehaltung der Miethverhältnisse vermindert daher die Zahl der zum Erwerbe geneigten Personen, wodurch der Verkaufswerth herabgedrückt wird; er *erschwert den Güterumsatz und beeinträchtigt den Immobiliarkredit.* Aus diesem Grunde haben die meisten Gesetzgebungen, welche diesen Zwang anerkennen, ihn doch für Zwangsversteigerungen ausgeschlossen . . .»[192]

Överensstämmelsen mellan Meiboms och lagberedningens uttalande är intressant. Båda talade om hämmande (försvårande) av omsättningen och inverkan på fastighetskrediten. Det är bara det att Meibom och lagberedningen talade om olika saker.

Meibom menade uppenbarligen att förekomsten av för spekulanter *kända* nyttjanderätter skulle »försvåra omsättningen» på det sättet att priset på en uthyrd fastighet skulle bli lägre om köp icke fick bryta lega. Meibom åsyftade alltså icke att tillgodose behovet av säkerhet mot dold konkurrens utan ville på ett omotiverat eller åtminstone överdrivet sätt öka *friheten* i äganderätt och omsättning. Dessutom argumenterade Meibom mot en regel om att upplåtelser av nyttjanderätt skulle stå sig mot ny ägare även vid exekutiv försäljning, en regel som aldrig föreslagits men som Meibom i sin generaliseringsiver såg som en konsekvens av att köp icke skulle bryta lega vid frivillig försäljning. Om köp icke bröt lega ens vid exekutiv försäljning skulle detta, menade Meibom, inverka menligt på fastighetskrediten genom att man icke längre med samma säkerhet skulle kunna bedöma en fastighets kreditvärde, om nyttjanderättsupplåtelser kunde tränga sig före inteckningar för panträtt.

Lagberedningen talade i det citerade uttalandet endast om frivillig försäljning och åsyftade att tillgodose behovet av säkerhet mot dold konkurrens. Dess

192 Meibom s 20. Min kursivering.

mening kan icke i första hand ha varit att skydda förvärvare som faktiskt känt till förekomsten av nyttjanderättsupplåtelser, utan man måste väl tolka lagberedningens uppfattning så att dessa förvärvare skulle slippa respektera nyttjanderätterna endast därför att man ville undvika varje diskussion om förekomsten av god tro (abstraktionsprincipen). I lagberedningens resonemang var det risken för processer och icke förekomsten av besvärande nyttjanderätter som sådan som skulle dämpa köplusten. Hur ett hämmande av omsättningen i sin tur skulle inverka på fastighetskrediten lämnade lagberedningen icke något besked om. Om man antager att lagberedningen här icke hängivit sig åt en så långsökt och orealistisk, för att inte säga fantastisk tanke, som att introduktionen av en risk för dolda nyttjanderätter såsom en engångsföreteelse skulle sänka fastighetsvärdena till den grad att redan meddelade och belånade inteckningar blev nödlidande, så frestas man att misstänka att lagberedningen helt enkelt missförstått Meiboms resonemang.[193]

Det måste således konstateras att lagberedningen i motiven till 1:3 nyttjanderättslagen icke i högre grad än lagbyrån i motiven till 48 § inteckningsförordningen lyckats att på ett övertygande sätt motivera frånvaron av ett godtroskrav på ny ägare. Man kan blott beklaga att den opposition till förmån för ett godtroskrav som förekom vid HD:s granskning av lagförslaget var så tafatt. En ledamot av HD uttalade då att bristen på god tro var från den allmänna moralens synpunkt en bestämd diskvalifikation vid förvärvande av rättigheter.[194]

cd) Läget vid samtidig ansökan om inskrivning

Enligt 1845 års förordning hade nyttjanderätt kunnat vinna skydd mot ny ägare genom inteckning endast om inteckning för nyttjanderätten söktes innan nye ägaren sökte lagfart. Vid samtidig ansökan om inskrivning hade alltså äganderättsförvärvet haft företräde. Någon närmare motivering för detta angavs ej i motiven till förordningen.[195] Man får antaga att det här var det romerska äganderättsbegreppet som framträdde. Äganderättsförvärvet ansågs förmer än nyttjanderätten, även om man icke såsom Rålamb 1679 talade om köp såsom ett förnämare och behagligare kontrakt än hyra.[196]

1875 ändrade man – under framhållande att båda rättigheterna var lika goda – regeln så att vid samtidig ansökan om inskrivning nyttjanderätten skulle ha

193 Jfr Fischer s 430: »Bei der rechtlichen Regelung des Einflusses der Veräusserung auf die Miethe kommen private Interessen *vierfacher* Art in Betracht, das Interesse des Vermiethers . . . und das Interesse der Realberechtigten, insbesondere der Hypothekengläubiger. Letztere werden aber nur von dem Einflusse der *Zwangsversteigerung* auf das Miethsverhältniss berührt. – Jfr ock ang uttrycket »hämmande av omsättningen» Kuntzes uttalande om *långvariga* nyttjanderätter, ovan vid not 32.

194 Justitierådet Herslow, NJA II 1908 nr 5 s 10 f.

195 Lagutskottets utl 1844:11 s 8 och 12. Jfr ovan not 163.

196 Se ovan vid not 132. Jfr dock lagutskottet ovan vid not 165.

företräde om den tillkommit före överlåtelsen. Här räknades alltså åldersprioritet.

1907 var det dags för en ändring tillbaka till obetingat företräde för äganderättsförvärvet vid samtidig ansökan om inskrivning. Motiveringen var krav på konsekvens med principen »köp bryter lega». Om något företräde icke kunde härledas från publikationen måste, menade lagberedningen, avseende fästas vid det ena förvärvets större betydelse framför det andra. Det företräde som lagberedningen givit äganderättsförvärvet vid 1:3 nyttjanderättslagen ansåg man sig böra upprätthålla vid fall av samtida publikation.[197]

Även här trängde således det romerska äganderättsbegreppet ånyo igenom.

d) 1960 års förslag till jordabalk

Lagberedningen anslöt sig i 1960 års förslag till jordabalk till de i lagstiftningen förut godkända huvudgrunderna för förhållandet mellan upplåtelse av nyttjanderätt och senare förvärv av äganderätt till fast egendom. Beredningen sökte dock att på olika vägar stärka nyttjanderättshavarens ställning.[198] Framför allt skedde detta genom införande av ett krav på god tro hos ny fastighetsägare vid konkurrens med innehavare av tidigare upplåten nyttjanderätt och genom återgång till den mellan 1875 och 1907 gällande regeln om företräde för äldre nyttjanderättsupplåtelse vid samtidig ansökan om inskrivning.

Angående kravet på god tro påpekade lagberedningen att den av lagstiftaren valda regeln (att god tro ej krävdes) visserligen alltjämt principiellt upprätthölls i doktrin och praxis men att regeln i rättstillämpningen uppmjukats därigenom att domstolarna visat benägenhet att i åtskilliga tveksamma gränsfall anse förbehåll ha skett: kraven på förbehållets bestämdhet hade icke ställts höga. I fall där köpehandlingarna väl innehållit upplysning om skedd upplåtelse av särskild rättighet men icke något direkt förbehåll om dennas bestånd hade rättigheten likväl ansetts vara förbehållen. Förbehåll hade ansetts kunna ske muntligen och underförstått. – Lagberedningens förslag synes ha grundats dels på att man samtidigt föreslog en skärpning av formkravet vid fastighetsköp – förbehåll skulle vara skriftliga, vilket skapade behov av en mera flexibel regel – dels på att man instämde i de synpunkter som framförts av ett justitieråd vid HD:s granskning av förslaget till 1907 års nyttjanderättslag (hänvisningen till »den allmänna moralen»). Lagberedningen framhöll också att risken för processuella olägenheter icke kunde tagas till intäkt för att varje godtrosregel skulle kunna undvaras samt att de påtalade processuella olägenheterna torde ge sig till känna

197 Lagberedningen I 1905 s 312 f. – Både lagkommittén och äldre lagberedningen hade föreslagit att nyttjanderätten skulle ha företräde vid samtidig ansökan om inskrivning ifall den tillkommit före överlåtelsen, se ovan not 148.
198 SOU 1960:25 s 304.

redan vid ett godtagande av muntliga och till innehållet mera obestämda förbehåll.[199]

Övergången till ett företräde för äldre nyttjanderättsupplåtelse vid samtidig ansökan om inskrivning synes lagberedningen främst ha motiverat med att det ledde till en förenkling av rättsreglerna. Beredningen förklarade sig sakna närmare kännedom angående den inverkan som den år 1875 införda prioritetsregeln, medan den varit gällande, kunnat ha för fastighetsomsättningen. Beredningen påpekade också att den nye ägaren kunde, om han blev bunden av en oväntad nyttjanderätt, häva köpeavtalet eller kräva avdrag på köpeskillingen och skadestånd.[200]

e) 1970 års jordabalk

I här aktuella avseenden lades 1960 års förslag till jordabalk till grund för den slutliga lagstiftningen, så när som på att man behöll den med 1907 års nyttjanderättslag införda regeln om äganderättsförvärvets obetingade företräde vid samtidig ansökan om inskrivning.

Kravet på god tro i det slutliga förslaget kunde nu icke grundas på något samband med en skärpning av formkravet vid fastighetsköp, ty någon skärpning förekom inte längre. Departementschefen uttalade dock i propositionen att han även bortsett härifrån ansåg det påkallat att införa den föreslagna regeln och hänvisade till att den av lagberedningen redovisade utvecklingen i rättspraxis »också» syntes utvisa ett behov därav. Vad departementschefen tänkte sig för skäl utöver det i praxis manifesterade behovet av ett godtroskrav är höljt i dunkel.[201]

Bibehållandet av äganderättsförvärvets obetingade företräde vid samtidig ansökan om inskrivning grundade sig på ett förslag av 1963 års jordabalksutredning, som åberopade äganderättsförvärvets »ursprungliga företräde» enligt principen »köp bryter lega».[202] Det romerska äganderättsbegreppet firade således ånyo en triumf.

Man kan emellertid fråga sig hur mycket av principen »köp bryter lega» som återstår i den nya jordabalken. Såvitt jag kan förstå har principen, bortsett från regeln om äganderättsförvärvets företräde vid samtidig ansökan om inskrivning, nedsjunkit till en framställningsteknik. Ty vad är det för skillnad mellan en regel som säger att nyttjanderätten inte gäller mot ny ägare men gör undantag för fall där nye ägaren är i ond tro, och en regel som säger att nyttjanderätten gäller mot ny ägare men gör undantag för fall där nye ägaren är i god tro? Ingen alls!

199 SOU 1960:25 s 311 f. Jfr s 304.
200 SOU 1960:25 s 532. Jfr 4:18 i 1947 års förslag, SOU 1947:38 s 18 och 210 ff.
201 Prop 1970:20 B s 386. Hessler försvarar den äldre uppfattningen, s 323.
202 Prop 1970:20 B s 448 f. Jfr Bengtsson, Nyttjanderätt s 174, som tycks ge prov på ett vigilansresonemang: »När parterna varit lika aktiva, anses tydligen ägarintresset väga tyngst.»

Genom kravet på god tro har principen »köp bryter lega» berövats huvuddelen av sitt materiella innehåll. Regeln om äganderättsförvärvets företräde vid samtidig ansökan om inskrivning har därigenom också kommit att hänga i luften, eftersom det inte finns något i andra regler grundat »ursprungligt företräde» för äganderättsförvärvet.

f) Lagstiftning under 1900-talet om begränsningar i fastighetsägares uppsägningsrätt m m

Även i svensk lagstiftning under 1900-talet har arrendatorer och hyresgäster givits en mot upplåtaren skyddad ställning. Bl a har skydd skapats genom begränsningar i upplåtarens uppsägningsrätt och genom föreskrifter om minsta tid för upplåtelse av arrende. Syftet har varit att åstadkomma stabilitet i arrende- och hyresförhållanden och att ge den ekonomiskt svage nyttjanderättshavaren skydd mot den ekonomiskt starkare fastighetsägaren.

Om vi först ser på reglerna om arrende, så inskränktes avtalsfriheten redan i 1907 års nyttjanderättslag sålunda att arrende skulle upplåtas på bestämd tid (eller på arrendatorns livstid). Samtidigt infördes förbud mot villkor varigenom jordägaren förbehöll sig rätt att uppsäga avtalet i förtid. Den första egentliga »sociala» arrendelagstiftningen fick vi genom 1909 års norrländska arrendelag, där det stadgades en minimitid för upplåtelse med femton år. Någon rätt till förlängning efter denna tid föreskrevs emellertid inte.[203] Generellt gällande sociala arrenderegler med bestämmelse om minimitid för upplåtelse av arrende från vissa typer av markägare (bolag och andra »jordspekulanter») tillkom 1927, då minimitiden bestämdes till 10–15 år.[204] En avsevärd förstärkning av de »sociala» arrendatorernas ställning vidtogs 1943, då man – samtidigt som minimitiden förkortades till fem år – införde rätt för arrendatorn till förlängning med fem år vid varje avtalsperiods slut (optionsrätt).[205] Senare reviderades dessa regler i samband med att nyttjanderättslagen uppgick i den nya jordabalken.

Vad beträffar innehållet i JB:s regler om avtalstid och besittningsskydd (optionsrätt) så begränsar jag mig till reglerna om jordbruksarrende som avser också bostad åt arrendatorn (gårdsarrenden), där begränsningarna i avtalsfriheten går längst.[206] Sådant arrende får ej upplåtas för kortare tid än fem år[207] och arrendatorn har vid avtalstidens slut rätt till nytt arrende.[208] Optionsrätten bryts emellertid i vissa fall, bl a om jordägaren eller någon honom närstående skall bruka jorden, om arrendejorden skall användas för annat ändamål än

203 SOU 1968:57 s 88.
204 SOU 1968:57 s 92.
205 SOU 1968:57 s 94 f. En år 1943 införd förköpsrätt för arrendator i sociala arrendeförhållanden avskaffades i samband med att den nya jordabalken infördes.
206 Bengtsson, Nyttjanderätt s 108 ff.
207 Med visst undantag, se 9:2 JB.
208 9:8 JB.

jordbruk, eller om ägaren gör sannolikt att arrendestället behövs för en mera ändamålsenlig indelning i brukningsenheter, allt dock under förutsättning att det inte bedöms vara obilligt mot arrendatorn att arrendeförhållandet upphör.[209]

Utvecklingen på hyresrättens område har i korta drag varit följande. Under första världskrigets senare år infördes priskontroll och besittningsskydd för hyresgäster. Uppsägning från hyresvärdens sida måste enligt denna lagstiftning godkännas av hyresnämnd för att gälla. Först i en rad av sådana lagar var 1917 års lag med vissa bestämmelser mot oskälig hyresstegring m m. Denna kristidslagstiftning avskaffades 1923.[210] Nya regler om besittningsskydd för hyresgäster infördes först vid en revision av hyreskapitlet i 1907 års nyttjanderättslag år 1939. Vad som då infördes var ett s k indirekt besittningsskydd, bestående i en rätt för hyresgästen till skadestånd om hyresavtalet uppsades utan att hyresrätten var förverkad.[211] Snart därefter kom emellertid andra världskrigets kristidslagstiftning i form av bl a 1942 års hyresregleringslagstiftning med priskontroll och direkt besittningsskydd, som innebar en rätt till förlängning av uppsagda avtal efter billighetsprövning av hyresnämnd. Enligt hyresregleringslagen kunde hyresnämnd på talan av hyresgäst förklara en uppsägning obillig mot hyresgästen och därför ogiltig. I praxis gavs begreppet »obillig» en för hyresgästerna mycket gynnsam tolkning.[212] Hyresregleringslagen, som undan för undan tillerkändes fortsatt giltighet, samtidigt som dess tillämpningsområde begränsades regionalt och kategorimässigt,[213] har upphört att gälla den 1 oktober 1975. Redan 1956 ersattes hyresregleringslagen delvis av en lag om rätt för hyresgäst i vissa fall till nytt hyresavtal, som också den gav utrymme för en billighetsprövning av hyresvärdens uppsägning.[214] 1956 års lag upphävdes 1969 i samband med en omfattande revision av nyttjanderättslagens hyreskapitel, då ett direkt besittningsskydd för hyresgäster infördes som en permanent företeelse i lagstiftningen. Nyttjanderättslagens hyreskapitel har numera uppgått i 12 kap JB.

Sedan hyresregleringslagen upphört att gälla finns alltså alla begränsningar i hyresvärdens uppsägningsrätt i 12 kap JB. Även JB:s besittningsskydd åstadkommes genom en billighetsprövning, då hyresvärden uppsäger avtalet till upphörande. Särskilt nämnes dock bl a att rätt till förlängning av avtalet ej föreligger om huset skall rivas eller undergå större ombyggnad (och det ej är uppenbart att hyresgästen kan sitta kvar utan nämnvärd olägenhet för ombyggnadens genomförande) eller att lägenheten ej vidare skall användas för

209 Ibid.
210 Se redogörelsen i SOU 1938:22 s 24 ff.
211 Ang lagstiftningens innehåll och praxis se SOU 1961:47 s 50 ff.
212 SOU 1966:14 s 64.
213 SOU 1966:14 s 64 ff.
214 SOU 1966:14 s 69 ff.

bostadsändamål. För samtliga fall gäller dock som förutsättning att det ej är obilligt mot hyresgästen att hyresförhållandet upphör.[215]

Nyttjanderättshavarens uppsägningsskydd enligt nu angivna regler kan göras gällande icke blott mot upplåtaren utan också mot ny fastighetsägare efter överlåtelse av fastigheten.[216]

8. Svensk lösegendomsrätt

a) Lagstiftning, äldre doktrin samt rättspraxis angående nyttjanderätt till lös sak

Av lagstiftning rörande nyttjanderätt till lös sak finns endast ett stadgande i 1734 års lag – 13:2 HB – som handlar om dubbelupplåtelse av nyttjanderätt:

»Leger man tvem ett; behålle den, som först hyrde . . .»

För detta fall stadgade lagen alltså prioritet från avtalet. Stadgandet har i senare doktrin tolkats så att den yngre nyttjanderättshavaren har möjlighet till godtrosförvärv vid tidigare besittningstagande.[217]

Rörande övriga aktuella sakrättsliga relationer – nyttjanderättshavarens ställning i förhållande till senare köpare, tidigare köpare och rätt ägare samt ägarens borgenärer – saknas alltså lagstiftning. I rättspraxis finns här ej heller mer än ett fåtal relevanta avgöranden. Däremot föreligger ett ganska stort antal uttalanden i doktrinen. Den dominerande uppfattningen synes vara att den fastighetsrättsliga principen »köp bryter lega» och de skäl som åberopats mot ett krav på god tro hos ny fastighetsägare rörande äldre nyttjanderättsupplåtelse gör sig gällande även ifråga om nyttjanderätt till lös sak. Härav har man dragit slutsatsen att nyttjanderätt till lös sak ej heller bör vare sig kunna förvärvas genom godtrosförvärv från annan än rätt ägare och tidigare köpare eller – efter besittningstagande – åtnjuta skydd mot ägarens borgenärer vid utmätning eller konkurs.

Låt oss börja med att se vad som anfördes i motiven till lagkommitténs förslag till handelsbalk 1826. Här uttalade sig lagkommittén om nyttjanderättshavares ställning vid konkurrens med rätt ägare:

»af samma skäl, som den, hwilken på god tro köpt något af annan, än rätta ägaren, får lösen för det köpta innan han det återställer, bör äfwen den, som på god tro hyrt något, hwartill den, som utlegde, ej warit ägare, njuta ersättning för hwad han å legan till äfwentyrs kan hafwa förskjutit.»[218]

215 12:46 JB. Någon fri hyresmarknad är det dock inte heller nu fråga om. Hyran skall motsvara det s k bruksvärdet, som inte är detsamma som marknadsvärdet.

216 Bengtsson, Nyttjanderätt s 173, Hessler s 454.

217 Bengtsson, Särskilda avtalstyper I s 63 f med hänvisningar, Hessler s 312.

218 Motiven s 194. Jfr 1815 års motiv s 97, där motsvarande uttalande ej finns.

I 1850 års förslag till handelsbalk fick denna regel plats i lagtexten.[219]

Schrevelius diskuterade i sin lärobok i civilrätt om den fastighetsrättsliga principen »köp bryter legostämma» kunde anses tillämplig även ifråga om lös egendom. Svaret på frågan ansåg Schrevelius beroende av om äganderätten vid överlåtelse av lös egendom skulle anses övergå redan genom avtalet eller först genom traditionen. Om äganderätten skulle anses övergå först med traditionen fanns det enligt Schrevelius' mening inte skäl att låta köparen utkräva det köpta från en nyttjanderättshavare med besittning. Men ansågs äganderätten övergå redan genom avtalet, så hade enligt Schrevelius köparen rätt att taga sin egendom och fick nyttjanderättshavaren söka ersättning av legogivaren.[220] Även frågan om nyttjanderättens ställning vid ägarens konkurs berördes av Schrevelius, som dock lämnade svaret öppet.[221]

Under senare delen av 1800-talet torde emellertid den allmänna meningen ha varit att nyttjanderätt till lös sak icke behövde respekteras av vare sig ny ägare eller ägarens borgenärer. Härom finns vittnesbörd i litteraturen, bl a hos Ask och Hagströmer.[222] Den senare uttalade sig visserligen för ett borgenärsskydd för nyttjanderättshavare med besittning, men han gjorde ingen hemlighet av att detta stred mot gängse uppfattning. Att frågan om nyttjanderättens ställning i sakrättsligt hänseende ännu vid sekelskiftet icke ansågs slutgiltigt besvarad över varje tvivel framgår emellertid av Hasselrots och Tryggers arbeten från denna tid. Hos dem förekommer argumentation för den härskande uppfattningen. Uppmärksammas bör också att rättspraxis helt saknades till 1905.

Hasselrot anknöt till Schrevelius' tankegång om ett samband med tidpunkten för äganderättens övergång vid köp av lös egendom men förklarade att uppfattningen om traditionens nödvändighet »nu» (dvs 1902) var alldeles övergiven.[223] En köpare skulle således icke vara bunden av tidigare upplåten nyttjanderätt, eftersom han fick äganderätt genom avtalet. Hasselrot diskuterade också det argument för möjlighet till sakrättsligt skydd som innebar att köparen icke skulle kunna förvärva bättre rätt än överlåtaren haft. Argumentet avvisades emellertid med hänvisning till dels den fastighetsrättsliga principen »köp bryter legostämma», dels godtroende köpares rätt »derest legotagaren vid köpslutet ännu icke kommit i besittning af saken, att utan afseende å legoaftalet, hvilket i och för sig begränsat säljarens (legogifvarens) förfoganderätt öfver saken, fordra densammas utlemnande.»[224] Icke heller ville Hasselrot godtaga den tänkbara regeln att godtroende nyttjanderättshavare skulle vara skyddad mot rätt ägare genom en rätt till ersättning om nyttjanderätten bröts.[225] I ägarens konkurs hade enligt Hasselrot konkursboet visserligen inte rätt att självt bryta nyttjande-

219 10:4 HB i 1850 års förslag.
220 Schrevelius II s 524 (§ 297).
221 Schrevelius II s 528 (§ 297).
222 Ask s 179 f, Hagströmer s 130 not 5. Nordling ansåg nyttjanderätt till lös sak kunna förvärvas genom godtrosförvärv. Svensk civilrätt s 291.
223 Hasselrot VI s 1105 ff.
224 Hasselrot VI s 1106.
225 Hasselrot, Vindikationsrätten s 34.

rätten men kunde det – tydligen utan skadeståndsansvar – sälja saken utan förbehåll om nyttjanderättens bestånd, varefter köparen kunde bryta nyttjanderätten.[226]

Även Trygger behandlade relativt utförligt frågan om nyttjanderättens sakrättsliga ställning.[227] Visserligen var enligt Tryggers terminologi nyttjanderätt till lös sak en sakrätt eftersom rättigheten avsåg en sak,[228] men något tredjemansskydd skulle den inte åtnjuta. Som skäl härför åberopade Trygger dels utsökningslagens avfattning - enligt lagens ordalydelse skyddades panträtt och retentionsrätt och detta borde enligt Trygger tolkas så att *endast* dessa rättigheter skyddades - dels den fastighetsrättsliga principen »köp bryter legostämma», som enligt Tryggers mening »måste utgöra ett väsentligt stöd för den meningen, att lega vid lös egendom ej kan verka inskränkande på köparens rätt och följaktligen ej heller beaktas vid egendomens utmätning för egarens gäld.»[229] Icke ens om nyttjanderättshavaren hade saken i sin besittning vann han enligt Trygger skydd mot ägarens borgenärer »detta så mycket mindre som det regelmässiga måste anses vara, att legotagare är i besittning af det legda föremålet.»[230] Ett särskilt stöd för sin uppfattning fann Trygger också i 11:4 och 12:4 HB, vilka stadganden enligt honom borde tolkas så, att endast överlåtelse av äganderätt och upplåtelse av panträtt för den som förvärvat i god tro medförde rätten att endast mot lösen behöva återlämna ifrågavarande egendom.

Trygger utvecklade sin mening i sin Kommentar till Utsökningslagen, vars första upplaga utkom 1904. I andra upplagan av detta arbete kunde Trygger stödja sig även på rättsfallet NJA 1905 s 329, där nyttjanderätt till lös sak, till synes trots besittning för nyttjanderättshavaren, förvägrades skydd mot ägarens borgenärer vid utmätning. Omständigheterna i rättsfallet var följande:

Ett par föräldrar hade skänkt viss lös egendom till ett barn med förbehåll om livstids nyttjanderätt för föräldrarna. Därefter utmättes egendomen i föräldrarnas och barnets gemensamma bostad för barnets skuld, varvid ingen hänsyn togs till föräldrarnas nyttjanderätt. Utmätningen överklagades av barnets fader. Klagan ogillades dock i alla instanser. HD:s majoritet bestod av tre justitieråd, som ej lämnade någon motivering för sin mening och ett justitieråd som ej fann styrkt att den utmätta egendomen omfattades av nyttjanderätten. Mot dessa stod en minoritet om tre justitieråd, som med två olika motiveringar ville gilla klagomålen. Två av dessa åberopade 68 § utsökningslagen, enligt vilket lagrum utmätning ej får ske till förfång av den rätt annan till gäldenärs gods äger. Ett justitieråd förklarade barnets rätt icke vara av beskaffenhet att egendomen bort tagas i mät på sätt som skett.

226 Hasselrot VI s 1249.
227 Trygger s 246 f.
228 Trygger s 246, jfr ovan kapitel 3 vid not 92 och 94 ff.
229 Trygger s 247.
230 Ibid.

Några år senare – 1917 – följde ett ytterligare rättsfall rörande förhållandet mellan innehavare av nyttjanderätt till lös sak och tredje man. Det var notisfallet NJA 1917 A nr 429, där omständigheterna var följande:

En köpare enligt avtal om lösöreköp hade först genom särskilt avtal upplåtit livstids nyttjanderätt i den med köpet avsedda egendomen och sedan utan förbehåll om nyttjanderättens bestånd, men med godkännande av nyttjanderättshavaren, överlåtit sin rätt enligt lösöreköpskontraktet till andra personer. Förvärvarna ansågs, då det ej ens visats att de ägt kännedom om det särskilda nyttjanderättsavtalet, ej skyldiga att respektera nyttjanderätten.

Den av Hasselrot, Trygger m fl hävdade uppfattningen tycks genom 1905 års rättsfall på ett avgörande sätt ha befästs. Betydelsefullt är också att denna uppfattning kom att ligga till grund för senare lagstiftning, dels när man i den nya giftermålsbalken 1920 (5:8) upptog regler om möjlighet för make att vid skillnad i äktenskapet få nyttjanderätt till egendom ur andra makens giftorättsgods, dels när man i testamentslagen 1930 (numera 12:6 och 7 ärvdabalken) upptog regler om testamentarisk nyttjanderätt. I båda dessa sammanhang lagstiftade man om tredjemansskydd för nyttjanderättshavaren utifrån utgångspunkten att sådant skydd eljest icke skulle föreligga, trots att nyttjanderättshavaren fått egendomen i sin besittning.[231]

Intressant är den uppfattning om gällande rätt som redovisades av testamentslagberedningen:

»Vad därefter angår nyttjanderätt till *lös egendom* antages allmänt, att sakrättsligt skydd för dylik rätt överhuvud icke finnes enligt gällande svensk lag. Nyttjanderättshavaren har allenast ett obligatoriskt anspråk mot ägaren att få okvalt njuta sin rätt till godo. Skulle ägaren i strid härmed till annan överlåta äganderätten till egendomen, kan nyttjanderättshavaren principiellt icke mot den nye ägaren åberopa sin nyttjanderätt. Han är inskränkt till att av upplåtaren kräva skadestånd, om han av nye ägaren blir utträngd ur nyttjanderätten. En annan sak är, att den uppfattningen numera synes hava trängt igenom, att även om någon har allenast en obligatorisk rätt till viss lös egendom, en förvärvare av egendomen är skyldig att låta rätten gälla mot sig, därest han vid förvärvet ägde kännedom om dess existens. I enlighet med denna uppfattning skulle således den, som med nyttjanderätt besitter lös egendom, kunna emot förvärvare av egendomen med viss utsikt till framgång bestrida dennes anspråk att få egendomen till sig utlämnad, då nämligen förvärvaren med hänsyn till nyttjanderättshavarens besittning oftast måste antagas hava varit i ond tro.»[232]

Lagberedningens uttalande rörande nyttjanderättshavares skydd mot ondtroende ny ägare grundade sig framför allt på rättsfallen NJA 1924 s 329 och 1925 s 80, där köpare av lös egendom ansetts skyldig att respektera tidigare pantförskrivning som han känt till, trots att denna icke följts av tradition.[232a]

231 Ang 5:8 GB se NJA II 1921 1:1 s 50.
232 SOU 1929:22 s 288.
232a Se ovan kap 6 vid not 86 ff.

b) Modern doktrin angående nyttjanderätt till lös sak

Emellertid uppstod så småningom en diskussion om nyttjanderättens sakrättsliga ställning. I en uppsats i festskriften till Stjernberg (1940) ifrågasatte Hassler om icke uppfattningen att nyttjanderätt till lös egendom saknar möjlighet till skydd mot ägarens borgenärer stod i strid med stadgandet i 68 § utsökningslagen, att utmätning ej får ske till förfång av den rätt annan till gäldenärens gods äger.[233] Mot den gängse tolkningen av detta lagrum, att det endast är att uppfatta som en erinran om att det finns vissa rättigheter som är skyddade mot ägarens borgenärer, ställde Hassler en serie rättsfall som enligt hans mening skulle ge stöd för uppfattningen att 68 § utsökningslagen i praxis tillmätts självständig betydelse. Hassler påpekade därefter att 1905 års rättsfall med hänsyn till oenigheten i HD i själva verket utgjorde ett mycket bräckligt stöd för den av doktrinen allmänt omfattade regeln, att nyttjanderätt saknar skydd mot ägarens borgenärer. Avslutningsvis anförde Hassler:

»Man kan tillägga, att inga hållbara skäl synas kunna anföras för att ställa nyttjanderätt till lös egendom olika med andra tredjemansrättigheter, vilka över hela linjen av praxis tillerkänts skydd vid utmätning. Det finns intet som helst stöd för att mot en klar lagbestämmelse förvägra nyttjanderättshavaren sådant skydd. Konstruktionen att endast vissa men ej alla rättigheter, som tredje man har till utmätningsgäldenärs lösa gods, skulle åtnjuta skydd måste anses bära prägel av ren godtycklighet.»[234]

Hasslers uppfattning mötte en hel del kritik. Främst bland kritikerna stod Nial, som i en uppsats i SvJT 1940 försvarade den traditionella uppfattningen.[235] Nial argumenterade både mot Hasslers tolkning av praxis rörande 68 § utsökningslagen och mot uppfattningen att nyttjanderätt till lös sak borde tillerkännas skydd mot ägarens borgenär på sakliga grunder. I den senare frågan framhöll Nial å ena sidan att avsevärda intressen sällan står på spel för nyttjanderättshavare och att några avsevärda olägenheter med gällande ordning ej visat sig, å andra sidan att borgenärsskydd för nyttjanderätt skulle medföra olägenheter i form av risker för realisationsförlust vid exekutiva auktioner – till förfång för både borgenärer och ägare/exekutionsgäldenär – och större risk för skentransaktioner.[236]

Nial diskuterade också testamentslagberedningens tanke att det godtroskrav, som i praxis uppställts beträffande tidigare upplåten panträtt i lös egendom och som gjort pantanspråket skyddat mot ny ägare redan före tradition, analogivis skulle medföra ett krav på god tro även ifråga om tidigare upplåten nyttjanderätt till lös egendom. Av nämnda praxis hade testamentslagberedningen dragit slutsatsen att varje innehavare av en obligatorisk rätt skulle vara skyddad mot ny ägare, som haft kännedom om rättigheten. Här ställde sig Nial också kritisk.

233 Hassler s 104 ff.
234 Hassler s 112.
235 SvJT 1940 s 673 ff.
236 SvJT 1940 s 679 f.

Panträtt är, påpekade han, »en erkänd sakrättslig rätt och det kan framstå som ganska naturligt att man låter avtalet, pantförskrivningen, . . . äga verkan mot tredje man, som känner till avtalet.»[237] Beträffande obligatoriska rättigheter var dock, menade Nial, läget annorlunda. Här skulle frågan vara »huruvida icke rättsordningen har anledning att betrakta förvärvarnas intressen såsom så mycket viktigare än de obligatoriska rättsinnehavarnas, att förvärvarna bör stå obundna även av de obligatoriska rättigheter som de haft kännedom om.»[238] Så måste saken enligt Nial otvivelaktigt ses i fastighetsrätten. Ett godtrosskydd för nyttjanderätt till lös egendom skulle, menade Nial, medföra praktiska olägenheter för den allmänna omsättningen:

»Den . . . omständigheten, att nyttjanderättens värde ofta är mindre än den olägenhet den kan vålla eller åtminstone befaras vålla en köpare, ger anledning till eftertanke, huruvida icke förlusten i omsättningssäkerhet bleve alltför stor i förhållande till nyttjanderättshavarnas vinst.»[239]

Bland kritikerna fanns också Ekelöf, vars uppfattning i väsentliga delar överensstämde med Nials. Ekelöf framhöll också att Hasslers tolkning av 68 § utsökningslagen, då nyttjanderättshavaren i princip är oskyddad mot upplåtarens successorer (köp bryter legostämma), skulle »bryta sönder det funktionella sammanhang som existerar mellan de olika rättsverkningar mot tredje man, vilka gällande rätt i olika situationer tillskriver nyttjanderätt till lös egendom.»[240]

I debatten deltog även Walin.[241] Denne accepterade Nials kritik av Hasslers sätt att tolka 68 § utsökningslagen men framhöll i polemik med Nial att »en nyttjanderättshavare otvivelaktigt mången gång har ett *mycket starkt intresse* av att bibehållas vid sin rätt och att även — i stort sett — summan av nyttjanderättshavarnas intresse ej är så ringa.»[242] Walin ställde sig vidare positiv till ett tredjemansskydd för nyttjanderätt till lös egendom i vissa situationer, först och främst när nyttjanderätten förbehållits vid överlåtelse av äganderätten till egendomen — i vilket fall Walin ville bereda skydd icke blott åt den förste innehavaren av nyttjanderätten utan också åt hans efterträdare. Då skulle man enligt Walin kunna resonera så att förvärvaren aldrig erhållit mer än en av nyttjanderätten begränsad rätt och att borgenärerna icke bör få bättre rätt. Om 1905 års rättsfall anmärkte Walin att nyttjanderättshavaren (överlåtaren) icke synes ha haft saken i sin besittning på ett sätt som tydligt markerade att han ägde nyttja egendomen. Walin framförde också vissa synpunkter som stöd för skydd överhuvudtaget när nyttjanderättshavaren fått saken i sin besittning, såvitt gällde förhållandet till borgenärerna. Den avvisande ståndpunkt som kommit att intagas mot nyttjanderättshavare vid utmätning ville Walin förklara med att man

237 SvJT 1940 s 681.
238 Ibid.
239 SvJT 1940 s 682.
240 SvJT 1940 s 683.
241 SvJT 1941 s 428 ff. Jfr nedan vid not 256.
242 SvJT 1941 s 428.

tidigare alltför mycket fäst uppmärksamheten vid det fysiska föremål som det var fråga om och icke vid gäldenärens rätt till saken. Vad som utmätes är emellertid, framhöll Walin, icke saken utan gäldenärens rätt till denna. Den naturliga utgångspunkten borde då vara att borgenärerna icke får bättre rätt än gäldenären haft. Walin påpekade här att skillnaden mellan hyra och avbetalningsköp ofta är minimal. Vidare polemiserade Walin mot Nials mening att risken för skentransaktioner skulle vara större ifråga om nyttjanderätt än eljest. Enligt Walins mening hade detta icke visats och skulle man säkert komma till rätta med skenavtal i tillämpningen. Den principiellt riktiga vägen att rygga verkliga men benefika eller eljest för gäldenären oförmånliga avtal menade Walin vara att tillämpa konkurslagens återvinningsregler. Walin var också kritisk mot Tryggers tolkning av utsökningslagens bestämmelser, som ger panträtt och retentionsrätt visst skydd men icke nämner nyttjanderätt. Härav skulle enligt Walin icke kunna dragas några bindande slutsatser på det sätt som Trygger gjort, ty lagstiftaren hade föga anledning att i utsökningslagen reglera andra intressenters ställning än panthavares och retinents, vars intressen är av samma slag som utmätningssökandens, nämligen att vid behov få betalt ur egendomen. Slutligen framhöll Walin att man icke gärna kunde draga några slutsatser av den omständigheten att nyttjanderätt till fast egendom (då) i vissa lägen fick vika för ny ägare, eftersom en förvärvares behov av säkerhet är större vid fast egendom och besittningsförhållandena där inte spelar så stor roll som vid lös egendom.

Även andra yttrade sig i debatten. Undén uttalade att det de lege ferenda torde »finnas goda skäl för en utsträckning av rättsskyddet (för nyttjanderätt till lösöre) åtminstone under särskilda villkor».[243] Möjligen avsåg Undén med »villkor» att nyttjanderättshavaren måste ha fått saken i sin besittning eller att, vid överlåtelse till ny ägare, åtminstone denne icke haft kännedom om rättigheten. Olivecrona menade att den av Hassler väckta frågan förtjänade stort beaktande.[244]

Också i ett senare skede har frågan ådragit sig uppmärksamhet, bl a i en uppsats av Tiberg i SvJT 1964.[245] Tiberg påpekar den stora betydelsen av nyttjanderätt till fartyg, som ju är lös egendom, och tar detta till utgångspunkt för en diskussion av nyttjanderättens sakrättsliga ställning såväl de lege lata som de lege ferenda. Härvid behandlar han både fast och lös egendom. Han tycks anse att nyttjanderätt till lös egendom de lege lata saknar möjlighet till skydd både mot ägarens borgenärer vid utmätning och konkurs och mot ny ägare, även om denne faktiskt haft kännedom om rättigheten. Han framhåller dock att läget är osäkert och att vi kan tänkas befinna oss i en utvecklingsperiod i riktning mot ett vidsträcktare skydd för rättigheten både i förhållande till borgenärer och i förhållande till ny ägare. De lege ferenda tycker Tiberg inte att det finns skäl att frånkänna nyttjanderättshavare möjlighet till skydd mot ny ägare eller borgenä-

243 TfR 1940 s 527 f.
244 Olivecrona i SvJT 1941 s 401. Jfr densamme, Utsökning s 109 f. Jfr ock Lundstedt s 340 f.
245 SvJT 1964 s 497 ff.

rer. Han tror inte att gränsen mellan å ena sidan socialt och ekonomiskt betydelsefulla nyttjanderätter och å andra sidan i dessa avseenden mindre betydelsefulla rättigheter är identisk med gränsen mellan nyttjanderätt till fast egendom och nyttjanderätt till lös egendom. Det nuvarande rättsläget, som säges innebära att även ny ägare som faktiskt haft kännedom om rättigheten är skyddad, betecknas av Tiberg som direkt uppseendeväckande.[246] Tiberg vänder sig också mot generella påståenden om att sällan några avsevärda intressen står på spel för nyttjanderättshavare och framhåller att den av Nial påpekade risken för realisationsförluster vid exekutiv auktion möjligen skulle kunna mötas med en rätt för ägarens borgenärer att lösa ut nyttjanderättshavaren även där legotiden inte gått till ända.

Även Grönfors har – i festskriften till Arnholm, »Nordisk Gjenklang» – behandlat frågan om nyttjanderättens sakrättsliga ställning, närmast med tanke på nyttjanderätt till fartyg.[247] Grönfors anser liksom testamentslagberedningen att nyttjanderättshavare enligt gällande rätt är skyddad mot ny ägare som faktiskt haft kännedom om rättigheten men inte i övrigt.

Bengtsson beskriver rättsläget så att nyttjanderättshavare icke åtnjuter skydd mot ägarens borgenärer och ny ägare men att skydd möjligen föreligger när nye ägaren faktiskt känt till rättigheten.[248]

Även Hessler godtar såsom gällande rätt uppfattningen att nyttjanderätt till lös sak inte kan förvärva »i allt fall absolut skydd mot ny ägare (dvs skydd även mot godtroende ny ägare) och ej heller vinna skydd mot upplåtarens borgenärer».[249] Någon anledning att särbehandla fall där nyttjanderätten förbehållits vid överlåtelse av egendomen anser Hessler inte finnas och han avvisar Walins synpunkt att förvärvaren då aldrig fått mer än en av nyttjanderätten begränsad rätt:

»... frågan är ju just om en rättighet av ifrågavarande art – nyttjanderätt till lös sak – enligt den gällande rättens regler skall vara av sådan valör att den kan göras gällande mot ägarens borgenärer. Besvaras den frågan genom ett resonemang av nyssnämnda art, synes det betyda att man förutsätter just det som frågan gäller.»[250]

Vad beträffar förhållandet till ny ägare förefaller Hessler vilja låta nyttjanderätten gälla mot ny ägare som förvärvat egendomen genom gåva.[251] Han diskuterar vidare om man kan uppställa något krav på att nye ägaren skall taga egendomen i sin besittning eller vara i god tro för att exstingvera nyttjanderätten. Båda frågorna besvaras emellertid nekande. Icke ens faktisk kunskap om

246 SvJT 1964 s 514.
247 Grönfors, Nordisk Gjenklang s 431 ff. Jfr ang vetskap och ond tro Karlgren i SvJT 1943 s 374 och 1956 s 249 f.
248 Bengtsson, Särskilda avtalstyper I s 60 ff.
249 Hessler s 288 ff. Citatet från s 288.
250 Hessler s 290.
251 Hessler s 291. Jfr Tiberg i SvJT 1964 s 508, som anser att benefik nyttjanderätt icke »bör vara lika skyddsvärd som en, där ägaren kan tänkas ha tillförts en motprestation som nu i en eller annan form kommer boet tillgodo.»

rättigheten vill Hessler tillmäta betydelse. Av rättspraxis rörande panträttsupplåtelser säges inte utan vidare följa att nyttjanderätt till lös sak skall vara skyddad mot ondtroende förvärvare. Här har Hessler ett resonemang liknande Nials. En distinktion mellan fall av faktisk vetskap och fall där förvärvaren endast »bort» känna till nyttjanderätten säges inte kunna grundas på något annat än en ohållbar moralisk aspekt på kollisionen:

»Hur kollisionen bör avgöras måste framgå efter en rättspolitisk bedömning, där omsättningens intresse får fälla utslaget. Och har man inte ansett den ifrågavarande upplåtelseformen ... värd att utrustas med regler, som möjliggör, att den kan vinna absolut sakrättsligt skydd och skydd mot upplåtarens borgenärer, är det, som tidigare nämnts, inte särskilt märkvärdigt om man löper linan ut och frånkänner upplåtelsen varje betydelse gentemot en förvärvare, sålunda även vid vetskap hos denne.»[252]

Hessler framhåller dock, liksom tidigare Walin m fl, att det kan finnas ett behov av skydd för långvariga nyttjanderätter, som fått stor utbredning som finansieringsform (leasing). Hessler ifrågasätter »om inte tiden är mogen för att möjliggöra sakrättsligt skydd på detta område.»[253]

I fall där nyttjanderätt upplåtits genom gåva vill Hessler tillerkänna den skydd efter i stort sett samma linjer som testamentarisk nyttjanderätt. I anslutning till Karlgren[254] särbehandlar Hessler också den nyttjanderätt som tillkommer lösöresäljare i det sålda godset som kvarbliver i hans vård. En sådan nyttjanderätt jämställes med pantsättares äganderättsanspråk. Vidare talar enligt Hessler övervägande skäl för att överlåtelse av *andel* i egendom, vari finnes upplåten nyttjanderätt, icke skall föranleda att nyttjanderätten förfaller.

Ett av de allra senaste uttrycken för härskande uppfattning ger lagberedningen (ordförande: Walin) i SOU 1974:55, Utsökningsrätt XIII, där man diskuterar men avvisar tanken på lagstiftning rörande *överlåtelse* av nyttjanderätt till lösöre:

»Det kan dessutom sättas i fråga huruvida inte i första hand borde ges regler som tillförsäkrar själva nyttjanderättsupplåtelsen skydd mot upplåtarens borgenärer, liksom skydd mot att den går förlorad genom överlåtelse av den egendom som nyttjanderätten avser. Alltjämt anses i det senare hänseendet regeln »köp bryter legostämma» vara i princip tillämplig i fråga om lösöre.»[255]

Walin har också helt nyligen – i arbetet Separationsrätt – visat stor skepsis mot vedertagen uppfattning i frågan:

252 Hessler s 296. Jfr dock s 459, där Hessler synes acceptera tanken på en distinktion mellan fall av vetskap och vårdslös ond tro, och s 461 f. Se ock ang jämförelsen med panträttsfallen SOU 1965:14 s 35.
253 Hessler s 300. Jfr ang godtrosförvärv av nyttjanderätt SOU 1965:14 s 212.
254 Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse s 122 f.
255 SOU 1974:55 s 227.

»Enligt min mening både kan och bör domstol, om frågan aktualiseras, ta upp till förutsättningslöst övervägande i vad mån upplåtelse av nyttjanderätt till lös sak bör vara skyddad mot den som förvärvar äganderätten och upplåtarens borgenärer.»[256]

c) Vissa regler om nyttjanderätt till annan lös egendom

Ifråga om nyttjanderätt till annan lös egendom än lös sak är läget något annorlunda. Här skall reglerna om nyttjanderätt till fordringar och andelsrättigheter (aktier m m) samt nyttjanderätt till immaterialrättigheter (patent och varumärken) kortfattat beröras.[257]

Nyttjanderätt till fordringar och andelsrättigheter innebär en rätt att förvalta objektet och uppbära avkastningen därav. I sakrättsligt hänseende bör man enligt Hessler sannolikt likställa en sådan upplåtelse med en överlåtelse av rätten till avkastning för den tid nyttjanderätten skall bestå. I så fall skulle de regler som gäller partiell cession av fordran bli gällande för nyttjanderätten och sakrättsligt skydd kunna vinnas genom denuntiation av gäldenären i fordringsförhållandet. Efter denuntiation skulle nyttjanderättshavaren vara skyddad både mot senare förvärvare av fordringen eller andelsrättigheten (dock med möjlighet för denne till godtrosförvärv med stöd av 14 § skuldebrevslagen) och mot upplåtarens borgenärer.

Nyttjanderätt till patent och varumärken kallas licens. Enligt Hessler skulle uttalanden i förarbetena till 1967 års patentlag och 1960 års varumärkeslag få tolkas så att licensupplåtelse utan vidare gäller mot senare förvärvare av patentet eller varumärket, även om förvärvaren var i god tro, samt mot upplåtarens borgenärer. Under hänvisning till att Ljungman beträffande patentlicens fäst avseende vid registrering i patentregistret uttalar Hessler emellertid ovisshet beträffande läget vid konkurrens med senare förvärvare av patentet eller varumärket.

Under förarbetena till patentlagen och varumärkeslagen diskuterades ett system där registrering av ett senare förvärv som skett i god tro skulle ge företräde (jfr 17 kap JB). Några sådana regler upptogs emellertid inte i lagtexten. I motiven till varumärkeslagen hänvisades till att saken hade större betydelse vid patent. I motiven till patentlagen hänvisades till den då pågående översynen av reglerna om godtrosförvärv av lösöre. Denna översyn har emellertid senare avslutats utan något initiativ från lagstiftaren.[258]

256 Walin, Separationsrätt s 47.
257 Ang det följande se Hessler s 338 ff och 343 f med hänvisningar, varpå min framställning bygger.
258 Se SvJT 1973 s 840 ff.

d) Några synpunkter på debatten om sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till lös sak

Den äldre debatten om sambandet mellan frågan om sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till lös sak och frågan om äganderättens övergång vid köp har idag endast rättshistoriskt intresse. Man torde numera också kunna bortse från de synpunkter som inneburit en tolkning av äldre lagstiftning. Den intressanta diskussionen är den som följde på Hasslers uppsats 1940 och den som därefter ägt rum.

De som hävdat att god tro icke bör krävas av ny ägare – framför allt Nial – har åberopat att ett godtroskrav skulle leda till osäkerhet i äganderättsförvärv och att det, i betraktande av att en nyttjanderättshavares förlust vanligen blir ringa, är motiverat att prioritera äganderättsförvärvarnas säkerhet. Uppfattningen förtjänar en granskning även om de yttre omständigheterna numera ändrats genom nyttjanderättsinstitutets utbredning vid leasing och tidsbefraktning.

Utan tvivel är denna uppfattning en vidareutveckling av de tidigare berörda motivuttalandena i förarbetena till 48 § inteckningsförordningen och, framför allt, 1:3 nyttjanderättslagen. Den större vikt som i motiven till nyttjanderättslagen uttryckligen tillerkändes säkerheten i äganderättsförvärv framför säkerheten i nyttjanderättsupplåtelser har jag ovan, trots motivförfattarnas bekännelse till både ett naturrättsligt äganderättsbegrepp och ändamålssynpunkter, tolkat som ett återfall i det romerska äganderättsbegreppet. Sedan redogörelse nu lämnats för doktrinens uppfattning att äganderättsförvärvets företräde här beror på att den konkurrerande nyttjanderättshavaren vanligen icke gör någon större förlust, är det dags att närmare undersöka det förda resonemangets hållbarhet från ändamålssynpunkter.

Det ligger nära till hands att uppfatta Nials argumentering så, att äganderättsförvärvarnas intressen bör skyddas, därför att ett stort antal ekonomiskt betydelsefulla transaktioner då kan ske under ökad säkerhet, medan rättsförlusterna för nyttjanderättshavare blir sällsynta och små. Mot ett sådant resonemang kan emellertid flera invändningar riktas.

För det första synes resonemanget en smula malplacerat som motivering för att god tro så länge – ända till 1972 – icke krävts av ny ägare vid konkurrens med tidigare upplåtelser av nyttjanderätt till fast egendom. Särskilt måste detta ha varit fallet innan reglerna om besittningsskydd för arrende och hyra infördes genom 1907 års lagstiftning. Besittningsskyddet motiverades till och med så att dessa rättigheter hade stor social betydelse. Även inskrivningen av nyttjanderätter till fast egendom, som erkändes av den svenske lagstiftaren 1800 och dessförinnan hade förekommit i praxis, visar att ett behov av skydd förelegat beträffande nyttjanderätt till fast egendom, framför allt hyra och arrende, långt innan godtroskravet infördes.

För det andra förefaller det en smula egendomligt att just sådana konkurrenssituationer som är ovanliga skulle vara så riskabla för omsättningen att man där icke kan kräva god tro av köparen. Den risk en köpare löper aktualiseras

visserligen ofta, men den skulle ju på grund av de konkurrerande rättigheternas ringa antal och betydelse vara desto mindre.

För det tredje måste beträffande förlusternas storlek påpekas, att nye ägarens förlust, om han blir skyldig att respektera en nyttjanderätt till lös sak, icke omfattar äganderätten i dess helhet. Han blir blott skyldig att respektera nyttjanderätten och om denna är litet värd blir den nye ägarens förlust också liten.

Man kan slutligen fråga sig i vilken utsträckning en förvärvares säkerhet verkligen ökas genom att god tro icke krävs beträffande vissa rättigheter och hur säker den i så fall blir. Två omständigheter kommer här i betraktande.

Den första är att rättspraxis ifråga om nyttjanderätt till fast egendom visat benägenhet att ersätta ett godtroskrav med att tolkningsvis antaga förekomsten av ett förbehåll. Denna utveckling, som i svensk rätt gått mycket långt,[259] torde ha varit en bidragande orsak till införandet av ett godtroskrav i den nya jordabalken.[260] – Kör man ut Hin Onde genom dörren kommer han tillbaka genom skorstenen.

Den andra omständigheten är att äganderättsförvärv, även om ny ägare kan nonchalera risken för dolda rättigheter av vissa typer, på »avtalsstadiet» ändå är så osäkra i andra avseenden. Så länge man inte anammar läran om det abstrakta sakrättsliga avtalet och låter »sakrätten» uppstå genom tradition eller inskrivning, så länge får man alltid räkna med dolda konkurrerande rättigheter. Och abstraktionsprincipen har för övrigt icke visat sig användbar vid konkurrens med rätt ägare. En förvärvare av fast egendom måste enligt svensk rätt, trots att han under tiden före nya JB icke behövde vara i god tro rörande äldre nyttjanderättsupplåtelser, räkna med att innehavaren av en okänd nyttjanderätt befäste sin ställning genom att söka inskrivning innan han själv hann söka lagfart. Även i andra avseenden uppnåddes säkerhet i äganderättsförvärvet först genom ansökan om lagfart. Det gällde t ex i konkurrens med tidigare köpare, där säkerheten också förutsatte god tro, och senare köpare i god tro eller senare nyttjanderättshavare i god tro samt säljarens utmätningsborgenärer. Mot rätt ägare kunde säkerhet före den nya JB uppnås endast genom hävd. När det gäller förvärv av lös egendom är en äganderättsförvärvare utsatt för många risker innan han fått egendomen i sin besittning. Egendomen kan dessförinnan tagas i anspråk av säljarens borgenärer vid utmätning eller konkurs, den kan redan förut vara såld eller pantsatt till annan person – skydd mot sådan person förutsätter för övrigt god tro – eller senare säljas till godtroende förvärvare som tar egendomen i sin besittning etc.

Under sådana omständigheter kan man inte låta bli att uppfatta den säkerhet som eftersträvas genom att god tro icke krävs rörande *alla* tidigare dispositioner av överlåtaren som både ganska betydelselös och i stort sett slumpartad.

259 Ang fransk rätt se ovan vid not 98 och not 103. Jfr också ang abstraktion i allmänhet ovan kapitel 6 vid not 97.
260 Se ovan vid not 201.

Betydelselös är den därför att osäkerheten ändå är så stor, slumpartad är den därför att det för den nye ägaren måste framstå som en tillfällighet om den konkurrerande rättigheten är av en typ som han måste respektera eller av en typ som han kan nonchalera.

I allt fall kan man tycka att anspråken på säkerhet i äganderättsförvärvet skulle vara tillgodosedda i rimlig grad, om god tro icke krävdes beträffande egendom som vid överlåtelsen befinner sig i överlåtarens besittning. Risken för osäkerhet i omsättningen tycks emellertid åberopas som skäl även för regeln att nyttjanderätt till lös sak icke är skyddad mot ny ägare ens om egendomen är i nyttjanderättshavarens besittning. Detta förefaller helt obegripligt.

Vid tillämpning av ett godtroskrav rörande tidigare upplåtna begränsade rättigheter måste naturligtvis beaktas att ny ägare, även om han känner till existensen av en tidigare upplåtelse, kan tänkas vara i god tro rörande dess omfattning. Han kan t ex ha haft skälig anledning att antaga att upplåtelsen inte längre gäller eller att den inskränker sig till viss tid eller på annat sätt är mera begränsad än den faktiskt är. Detta problem berördes av lagrådet i dess yttrande över förslaget om ett krav på god tro hos ny ägare rörande tidigare upplåtelser av nyttjanderätt m m i den nya jordabalken.[261] Lagrådet uttalade att det föreslagna godtroskravet i detta hänseende ingav vissa betänkligheter men att betänkligheterna icke var av den styrka att de vägde tyngre än skälen för införande av ett godtroskrav (av lagrådet benämnt »ondtrosregeln»). Såvitt jag förstår bör också en godtrosregel vara väl ägnad att tillämpas vid lösning av sådana konflikter där yngre förvärvare visserligen haft kännedom om en upplåtelses existens men icke känt till dess faktiska omfattning. Normalt torde i sådana fall kunna anses att han bort utreda dess omfattning.[262]

Vad sedan beträffar argumentationen mot *borgenärsskydd* för nyttjanderätt till lös sak även efter besittningstagande så är denna ännu svagare. Nial anförde i sin uppsats i SvJT 1940 i huvudsak två argument mot möjlighet till borgenärsskydd för nyttjanderätt och andra obligatoriska rättigheter till lös sak. Det ena argumentet var att det skulle medföra risk för realisationsförluster vid exekutiv auktion om nyttjanderätten var skyddad. Nial menade att vid utmätning en skyldighet för borgenären att respektera tidigare upplåten nyttjanderätt skulle

261 Prop 1970:20 A s 250. Jfr ovan kapitel 6 vid not 91.

262 Jfr Bengtsson, Nyttjanderätt s 171: »Enligt motiven bör man inte ställa så höga krav på förvärvarens omsorg och aktsamhet att det hämmar omsättningen av fastigheter. I det angivna fallet verkar det rimligt att begära, att nye ägaren tar del av det skriftliga kontraktet, så snart han verkligen iakttar något som tyder på att upplåtelse förekommit. Mera tveksamt kan läget förefalla, när han inte märkt utan bara *bort* märka en mindre grustäkt. Den enklaste regeln är dock att rättigheten även här får gälla i sin helhet mot nye ägaren, om denne verkligen kan anses ha brustit i aktsamhet. Problemet har nog större teoretisk än praktisk betydelse.»

»... betyda en mycket väsentlig olägenhet, i det att nyttjanderättens fortbestånd kan pressa ned försäljningspriset vid exekutionen vida mer än som svarar mot nyttjanderättens ekonomiska värde för nyttjanderättshavaren ... Resultatet av en nyttjanderätts skyddande vid exekutionen skulle sålunda lätt kunna bli, att både utmätningsborgenär och ägare lida skada som är oproportionerligt stor i förhållande till vinsten för nyttjanderättshavaren.»[263]

Nial framhöll dessutom att fall där nyttjanderättshavaren verkligen lider ekonomisk skada torde vara sällsynta och att man knappast kunde antaga att regeln föranlett avsevärd olägenhet.

Innebörden i Nials resonemang är att nyttjanderättshavarens intressen helt prisges för att exekutionen skall kunna genomföras med bästa möjliga resultat. Visserligen får nyttjanderättshavaren en skadeståndsfordran mot upplåtaren (gäldenären) men denna fordran torde icke vara så mycket värd eftersom man får antaga att det icke finns annan egendom att utmäta. Något egentligt skäl för denna prioritering av utmätningsborgenärens intressen framfördes emellertid inte, utöver antagandet att fall där nyttjanderättshavaren verkligen lider ekonomisk skada torde vara sällsynta. Att den av Nial försvarade regeln icke föranlett avsevärd olägenhet betyder bara att den inte är intolerabel men utgör icke något skäl i och för sig för att man skall frånkänna nyttjanderättshavaren borgenärsskydd.[264]

Nials resonemang är inte övertygande. Även om man accepterar hans antaganden, att ekonomisk förlust för nyttjanderättshavare är sällsynt (vilket i varje fall numera torde vara oriktigt) och att ett förbehåll för nyttjanderätten vid exekutiv försäljning kan tänkas pressa ned försäljningspriset mer än nyttjanderätten är värd, så förefaller detta icke rimligen kunna leda längre än till antagandet av en lösningsrätt för borgenären.[265] Denne skulle då själv få avgöra om det var fördelaktigast att sälja egendomen med eller utan förbehåll om nyttjanderättens bestånd, men om han valde det senare skulle han bli ansvarig för nyttjanderättshavarens skada. Vid beräkning av denna skada måste naturligtvis hänsyn tagas icke blott till direkta kostnader för nyttjanderättshavaren i samband med byte till annan egendom, inklusive eventuell driftsförlust, utan

263 SvJT 1940 s 679.

264 Jfr Fischer s 432: »Viel werthvoller als jeder Ersatzanspruch ist es, dass in einem grossen Theile Deutschlands trotz aller Gesetzesvorschriften Verlass ist auf die Treue und Ehrlichkeit des Vermiethers oder Verpächters. Es werden daher wohl Stimmen aus gemeinrechtlichen Gebieten laut, welche meinen, dass man sich bei dem Grundsatz »Kauf bricht Miethe» ganz wohl befinde, dass ernstliche Uebelstände nicht hervorgetreten seien, dass die Miether dort eben so ruhig wohnten, wie in anderen Rechtsgebieten. Die Ehrlichkeit der darin ausgesprochenen Ueberzeugung darf nicht bestritten werden. Dieses Wohlbefinden hat seinen Grund eben darin, dass Fälle speculativer Unredlichkeit oder bösartiger Chicane in den gedachten, ausserhalb der Verkehrscentren liegenden Gebieten selten sind. Und dasselbe würde ganz gewiss durch die Einführung des entgegengesetzten Princips in keiner Weise gestört werden, da es nicht *wegen,* sondern *trotz* des »Kauf bricht Miethe» besteht.»

265 Jfr Tiberg i SvJT 1964 s 513.

också till nyttjanderättshavarens eventuella andel i egendomens kapitalvärde. Andel i kapitalvärdet kan sägas tillkomma nyttjanderättshavaren om han betalat hyra för längre tid i förskott eller om legoavgiften för längre tid är bestämd lägre än i marknaden. Det torde kunna betvivlas att det skulle löna sig att lösa ut nyttjanderättshavaren i sådana fall. Dennes förlust måste lätt bli större än skillnaden mellan vad egendomen kan säljas för med respektive utan förbehåll för nyttjanderättens bestånd. I leasingbranschen lär det t o m förhålla sig så att egendomen ofta är mera värd uthyrd än disponibel.

Nials andra argument mot borgenärsskydd för nyttjanderätt till lös sak var risken för skenupplåtelser o d:

»Skentransaktioner -- mindre riskabla för ägaren än skenöverlåtelser och sannolikt lättare att maskera -- skulle kunna frammanas, och genom borgenärernas försök att värja sig däremot skulle det nuvarande lugnet hos domstolar och exekutiva myndigheter på denna front kunna störas av tvister rörande nyttjanderätters existens och innehåll.»[266]

Enligt min mening måste dessa Nials farhågor vara betydligt överdrivna. För det första får man komma ihåg att en nyttjanderättsupplåtelse, om den nu är mindre riskabel för ägaren, också erbjuder ett mindre skydd mot exekution. Egendomen kan ju tänkas bli såld med förbehåll för nyttjanderätten. Det torde därför ligga närmast till hands att en bedräglig transaktion ges formen av en överlåtelse eller en pantsättning.[267] För det andra förefaller det egendomligt att ett krav på tradition (i förening med regler om återvinning i konkurs) just beträffande nyttjanderätt (och andra obligatoriska rättigheter) icke i tillräcklig grad skulle försvåra skentransaktioner o d, när traditionskravet anses tillfredsställande ifråga om överlåtelse och pantsättning. En förutsättning för resonemanget är ju att nyttjanderättshavaren fått egendomen i sin besittning.[268]

Nials argumentering mot borgenärsskydd för nyttjanderätt till lös sak är alltså knappast övertygande. Jag tror för min del inte att det finns något sakligt skäl att förvägra en nyttjanderätt möjlighet till borgenärsskydd genom besittningstagande. Mycket tyder på att den traditionella uppfattningen främst är ett resultat av den äldre doktrinens benägenhet att på tyskt manér uppfatta sakrättsbegreppet som absolut. Man föreställde sig att en rättighet antingen gällde endast mot en viss person eller också mot alla andra. Man analyserade därför inte varje tredjemansrelation för sig utan antog att frånvaron av skydd mot ny ägare (»köp bryter legostämma») måste leda till att även borgenärsskydd förvägrades nyttjanderätten. Ett särskilt tydligt exempel på detta sätt att resonera lämnar Trygger:

266 SvJT 1940 s 680.
267 Jfr Hessler s 354.
268 Jfr Walin i SvJT 1941 s 431.

»Redan den omständigheten, att 1734 års lag i fråga om fastighet endast vid lifstidsstädja å landet gjorde undantag från bestämmelsen, att köp bryter legostämma, måste utgöra ett väsentligt stöd för den meningen, att lega vid lös egendom ej kan verka inskränkande på köparens rätt och *följaktligen* ej heller beaktas vid egendomens utmätning för egarens gäld.»[269]

9. Sammanfattning och slutsatser

Den romerska principen »köp bryter lega» var dels en konsekvens av den romerska rättens juridiska system, där äganderätten (dominium) betraktades som en metafysisk makt över saken och man inte tänkte sig att upplåtelser av begränsade rättigheter inskränkte ägarens befogenheter med avseende på saken, dels ett uttryck för sociala förhållanden i det gamla Rom. När den romerska rätten recipierades i Frankrike och Tyskland under slutet av medeltiden övertog man det juridiska systemet men icke de sociala förhållandena. Härigenom uppkom en spänning mellan rätten, vars auktoritet icke ifrågasattes, och det praktiska livet. Denna spänning sökte juristerna alltifrån glossatorernas dagar att komma tillrätta med genom olika undantag från den romerska principen. Sålunda ansågs principen »köp bryter lega» (till en början) icke gälla om upplåtelsen av nyttjanderätt skett för lång tid, ej heller om upplåtelsen kombinerats med en pantförskrivning, eventuellt i förening med försäkran under ed att nyttjanderätten skulle bestå vid överlåtelse av egendomen. Vidare uppkom regler om visst besittningsskydd för nyttjanderättshavaren, trots att han icke tillerkändes besittning i juridisk mening (possessio), samt regler om uppsägningstid. Under 1700- och 1800-talen utvecklades systemet med inskrivning av nyttjanderätter, som förut skett i domstols protokoll, i särskilda fastighetsböcker.

Den romerska rättens juridiska teknik, där nyttjanderätten förvägrades skydd mot ny ägare och betraktades som en rättighet av lägre kvalitet, behölls dock länge. Först genom den naturrättsliga avtalsläran, i vilken de olika rättigheterna framställdes som likvärdiga och en nyttjanderättsupplåtelse helt i strid med den romerska rättens äganderättsbegrepp ansågs i motsvarande mån begränsa äganderätten, fick man en teoretisk grund för ett fullständigt avskaffande av principen »köp bryter lega». Enligt den naturrättsliga uppfattningen var nyttjanderätten, lika väl som äganderätten och panträtten, en sakrätt så snart den förenats med besittning. Enligt naturrätten bröt köp *icke* lega.

I Preussen avskaffades principen »köp bryter lega» redan 1765. Den preussiska ALR 1794 gav nyttjanderätten sakrättslig kvalitet då den förenats med besittning. I Frankrike avskaffades principen – efter ett förspel i droit intermédiaire – genom Code civil 1804, såvitt gällde fast egendom.

269 Trygger s 247 (min kursivering). Jfr Ekelöfs tal om »det funktionella sammanhang som existerar mellan de olika rättsverkningar mot tredjeman, vilka gällande rätt i olika situationer tillerkänner nyttjanderätter till lös egendom», SvJT 1940 s 683.

Emellertid innebar den renässans som den romerska rätten under 1800-talet upplevde i den historiska skolan också en renässans för det romerska äganderättsbegreppet. Uppfattningen av äganderätten som en rättighet av större vikt och högre kvalitet än nyttjanderätten har därigenom kommit att fortleva ända in i våra dagar, vid sidan av och i konkurrens med det naturrättsliga betraktelsesättet. I Tyskland ville man genom 1888 års BGB-förslag ånyo införa principen »köp bryter lega», men försöket misslyckades. Visserligen betraktas hyra och arrende i tysk rätt – liksom i fransk rätt – fortfarande som obligatoriska rättigheter, men de åtnjuter besittningsskydd vid överlåtelse av egendomen till ny ägare.

I dansk och norsk rätt har principen »köp bryter lega» icke vunnit insteg. Svensk rätt har dock mottagit starka intryck av kontinental rätt, både under 1600-talet, då principen »köp bryter lega» recipierades, och senare. Påtagligt är detta inflytande icke minst under den kritiska period i slutet av 1800-talet och början av 1900-talet, då man mera uttalat började motivera principen »köp bryter lega» med ändamålssynpunkter. Jag har här framlagt en teori om att lagstiftarens beroende av tysk och fransk doktrin och lagstiftning rörande sakrättsförvärvets »abstraktion» från det obligatoriska partsförhållandet var en avgörande faktor när man i motiven till 1875 års inteckningsförordning, trots att man bekände sig till det naturrättsliga, relativa sakrätts- och äganderättsbegreppet, tog avstånd från tanken på ett krav på god tro hos ny ägare vid konkurrens med innehavare av tidigare upplåten nyttjanderätt. Jag har också påstått att man härvid återfallit i det romerska sakrätts- och äganderättsbegreppet och jag har ifrågasatt om inte lagberedningen i motiven till nyttjanderättslagen också, när den befarade att ett godtroskrav skulle hämma omsättningen av fastigheter och inverka på fastighetskrediten, helt enkelt missförstått ett uttalande i tysk doktrin. Min uppfattning är att argumenteringen mot ett godtroskrav på ny ägare rörande tidigare upplåten nyttjanderätt såväl när det gäller fast egendom som när det gäller lös egendom består av tre komponenter: den tyska abstraktionsprincipen, det romerska äganderättsbegreppet och ett missförstånd av ett uttalande i tysk doktrin. I denna argumentering finns enligt min mening ingenting att taga fasta på. Man har visserligen trott sig argumentera med ändamålssynpunkter men dessa har icke varit hållbara och i själva verket har man varit bunden av tradition och doktrin.

Uppfattningen att nyttjanderätt till lös sak ej är skyddad mot borgenärer ens om nyttjanderättshavaren fått saken i sin besittning grundas på begreppsjurisprudens. Frånvaron av borgenärsskydd har ansetts vara en konsekvens av principen »köp bryter lega» men några godtagbara skäl för denna ståndpunkt har inte anförts och föreligger inte.

Betyder då detta att principen »köp bryter lega» helt saknat värde? Nej! Av argumenteringen mot inskränkningar i principen kan man draga slutsatsen att principen särskilt under 1800-talet fyllde viktiga funktioner, vilka sammanhängde med att man på den tiden brukade sluta nyttjanderättsavtal för lång tid.

Vid långvariga nyttjanderättsupplåtelser, som icke har ett så varaktigt ändamål att de kan jämställas med äganderättsöverlåtelse (jfr dominium utile och olika sakrättsliga nyttjanderättsformer), kommer nyttjanderättshavarens intresse i avtalets fortsatta giltighet med tiden lätt i konflikt med andra angelägna intressen. Sådana intressen kan vara av olika slag. Normalt torde det inte finnas någon anledning att ömma för upplåtarens personliga intressen.[270] Hans bundenhet kan emellertid medföra beaktansvärda olägenheter från allmän synpunkt, t ex i det att resurser icke utnyttjas på ett från nationalekonomisk synpunkt önskvärt sätt. För att man skall åstadkomma vad nationalekonomerna kallar »optimal resursallokering» måste äganderättsbegreppet kunna fullgöra sin omsättningsfunktion. Denna funktion motverkas av varaktiga bindningar av egendomens användning. Ett mera utbrett bruk av långvariga nyttjanderättsupplåtelser kan lätt medföra att utbudet på fastighetsmarknaden blir otillräckligt. Särskilt i en progressiv ekonomi blir det besvärande om mark inte finns tillgänglig för nya behov. I det tidiga 1800-talets Tyskland och Frankrike, där utvecklingen kännetecknades av frigörelse från det feodala samhällssystemet och begynnande industrialisering, behövdes mark för rationellare jordbruksdrift och för nya industrier.[271] Därför var man rädd för långvariga nyttjanderätter, som hämmade omsättningen och begränsade tillgången på mark för dem som ville etablera sig som egna jordbrukare eller företagare.[272]

En härmed besläktad synpunkt var att långvariga nyttjanderätter hindrade en önskvärd reparation eller ombyggnad av hyreshus. Denna synpunkt finns belagd både i svensk och tysk lagstiftningshistoria.[273]

Principen »köp bryter lega» framträdde i detta läge som en säkerhetsventil, som skulle möjliggöra förtida upplösning av långvariga nyttjanderätter, som icke hade ett så varaktigt ändamål att äganderätten i praktiken förvandlats till en »ränta» (dominium directum – dominium utile, jfr Niessbrauch och usufruit).[274] Om en fastighetsägare var fri att sälja fastigheten utan hinder av tidigare upplåten nyttjanderätt var utsikterna större till ett tillfredsställande

[270] Jfr det allmänna problemet med jämkning av avtal på grund av ändrade förhållanden, t ex hos Rodhe s 711 ff med hänvisningar. Jfr ock den allmänna regeln i tysk rätt om möjlighet att uppsäga Dauerschuldverhältnisse »aus wichtigem Grund», se ovan kapitel 4 not 53.

[271] Jfr ovan kapitel 4.6.

[272] Jfr uttalanden av Kuntze ovan vid not 32 och av Cour d'appel de Lyon ovan vid not 99.

[273] Förarbetena till 1857 års förordning, ovan vid not 150 ff, och advokaten Katz vid den 19 tyska juristdagen, ovan vid not 51.

[274] Jfr Ziebarth s 221 f. Denne menade att långvariga nyttjanderätter som emfytevsis och superficies lättare låter sig fördragas: ». . . sie drücken der Sache ein für allemal einen bestimmten Charakter auf, und nähern das Eigenthum der blossen Rente, aber vorübergehende Miethrechte, die augenblicklichen Bedürfnissen dienen und vielfach auf persönliche Beziehungen gegründet sind, eignen sich im Interesse aller Theile nicht gut zu solcher Unabänderlichkeit und ein Haus mit vielen Miethern kann wirklich fast unverkäuflich werden . . .»

utbud på fastighetsmarknaden och möjliggjordes sanering av bostadsområden. Nyttjanderättsupplåtelsen blev då enbart en fråga mellan upplåtaren och nyttjanderättshavaren. Upplåtaren fick i realiteten en lösningsrätt. I detta läge kunde man naturligtvis inte kräva god tro av den nye ägaren. Ett godtroskrav skulle ha motverkat den funktion hos principen »köp bryter lega» som nyss beskrivits. Såsom tidigare påpekats saknar ett godtroskrav varje mening när syftet med äganderättsförvärvets företräde icke är att skydda mot risken för dold konkurrens.[274a]

Att principen »köp bryter lega» var ett tveeggat svärd är emellertid tydligt. Det fanns andra intressen, som istället krävde ökad stabilitet i arrende- och hyresförhållanden. Även här kunde nationalekonomiska synpunkter åberopas: en arrendator skulle icke kunna bedriva ett rationellt jordbruk om han icke var tryggad i sin besittning av fastigheten för tillräckligt lång tid. Men också rent sociala skäl kunde åberopas, särskilt som principen »köp bryter lega» lätt kunde utnyttjas i utpressnings- eller spekulationssyften.[275]

Av allt att döma trodde man sig ha funnit en kompromiss i kombinationen av inteckningsmöjlighet och maximitid för nyttjanderättsupplåtelse. I den svenska lagstiftningen begränsades upplåtelsetiden för arrende på landet till 50 år samtidigt som möjlighet till inteckning infördes genom förordningen år 1800 (varvid man dock främst synes ha bekymrat sig om det intresse upplåtarens arvingar hade att kunna bryta nyttjanderätten).[276] Tiden för upplåtelse av nyttjanderätt i stad begränsades genom förordningen år 1857 till tio år, samtidigt som möjlighet till inteckning infördes. I motiven till denna förordning framhöll lagutskottet i polemik mot dem som vände sig mot en begränsning i upplåtelsetiden, att den tidigare friheten varit förenad med föreskriften att köp bröt legostämma, att således någon säkerhet för legoavtalets bestånd ej funnits, samt att denna osäkerhet gjort behovet av en tidsbestämmelse överflödigt.[277] Mot inteckningsmöjlighet hade här åberopats behovet att kunna sanera och bygga om hyreshus.

Genom den schablonregel som principen »köp bryter lega» innebar tillgodosåg man alltså flera olika synpunkter, som kunde motivera förtida upplösning av ett långvarigt avtalsförhållande. Att man i sin iver att motivera principen med ändamålssynpunkter stundom gick för långt är dock också tydligt. Ett exempel på detta är Meiboms farhågor för att omsättningen skulle försvåras genom att antalet spekulanter på fastigheten minskades om det icke var fritt fram att sparka ut arrendatorer och hyresgäster.[278] Med principen »köp bryter lega» var det emellertid svårt att åstadkomma den av många skäl – nationalekonomiska

[274a] Jfr ovan kap 6.9.

[275] Se särskilt Fischers anförande vid den 19 tyska juristdagen, ovan vid not 56.

[276] Se propositionen, avtryckt i bondeståndets protokoll den 16 maj 1800 s 130. Jfr not 138 ovan.

[277] Lagutskottets utl 1857:14 s 4. Jfr lagberedningen I 1905 s 68 f ang grunderna för denna tidsbegränsning av nyttjanderättsupplåtelse.

[278] Se ovan vid not 50 och 192.

och sociala – önskvärda stabiliteten i arrende- och hyresförhållanden. Stadganden om maximitid för nyttjanderättsupplåtelse var uppenbarligen icke någon effektiv väg att medge förtida upplösning och möjligheten till inteckning var icke tillräcklig för att faktiskt åstadkomma den önskade stabiliteten. Systemet var dåligt och man kan knappast säga att det blev bättre genom det besittningsskydd som så småningom infördes för arrendatorer och hyresgäster, ty därigenom motverkades också de syften man ville tillgodose med nye ägarens möjlighet att bryta avtalet, alltså behovet av förtida upplösning i vissa fall.

I dagens rättsliv är tekniken vid tillgodoseendet av alla dessa synpunkter en helt annan. Numera sluts hyresavtal rörande fast egendom regelmässigt för kort tid – t ex ett år – och lagstiftaren har funnit anledning att ingripa med regler om *minsta* upplåtelsetid för arrende. Reglerna om längsta tillåtna upplåtelsetid för arrende och hyra har numera liten praktisk betydelse. Avvägningen mellan behovet av stabilitet i hyres- och arrendeförhållanden och andra synpunkter sker numera genom att lagstiftaren – först genom kristidslagstiftning och sedan genom permanenta regler – givit nyttjanderättshavarna optionsrätt, samtidigt som de synpunkter principen »köp bryter lega» tidigare tillgodosåg numera beaktas genom att optionsrätten kan brytas efter en skälighetsprövning av fastighetsägarens uppsägning in casu. Särskild hänsyn tages därvid just till sådana omständigheter som ägarens avsikt att använda fastigheten till något annat ändamål, husets behov av omfattande reparationer eller ombyggnad o d.

Det förtjänar påpekas att detta system, även om det är resultatet av den under 1900-talet ökande benägenheten att beakta »sociala» synpunkter, alls intet har att göra med en allmän reglering av hyres- eller arrendenivån. Den skälighetsprövning som måste bli en följd av besittningsskydd vid oenighet mellan parterna om hyrans eller arrendets storlek kan mycket väl ha ett marknadspris som riktpunkt.

Tydligt är att principen »köp bryter lega» icke har någon funktion att fylla i det nu beskrivna systemet, och det är därför följdriktigt att den, även om den formellt består i svensk fastighetsrätt, i praktiken urholkats och berövats nästan allt sitt materiella innehåll.

Vad sedan beträffar nyttjanderätt till lös sak kan först konstateras, att något allmänt behov av skydd mot långvariga upplåtelser normalt icke föreligger här, eftersom tillgången på lösa saker i allmänhet icke är begränsad och lösa saker vanligen icke är så beständiga. – I äldre tid torde långvariga upplåtelser av nyttjanderätt till lösa saker knappast ha förekommit. Något behov av skydd mot förtida upplösning av sådana avtal visade sig därför inte heller, vilket i sin tur hade till följd att principen »köp bryter lega» fick bestå ograverad. När sedan i modern tid långvariga nyttjanderättsupplåtelser i form av leasing och tidsbefraktning blivit vanliga, har en tillämpning av principen »köp bryter lega» blivit ifrågasatt, trots att äganderättens funktion här icke är omsättning utan finansiering. Till sitt innehåll motsvarar principen »köp bryter lega» här ett rättsläge som man i fastighetsrätten övergav på 1800-talet, samtidigt som leasing och tidsbefraktning i egenskap av nyttjanderätter med varaktigt ändamål närmast

får jämföras med sådana äganderätten närstående nyttjanderättsformer som i tysk och fransk rätt tillerkänts sakrättslig karaktär (Niessbrauch, usufruit).

Vilka slutsatser det nu anförda leder till beträffande nyttjanderätt till lös egendom utvecklas nedan i kapitel 9.

KAPITEL 8. NÄRMARE OM VISSA OBLIGATORISKA RÄTTIGHETER

1. Inledning

I kapitlen om äganderätt och panträtt har belysts hur indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter haft till funktion att tillgodose behovet av säkerhet i omsättningen, dvs exekutionsborgenärers behov av skydd mot bedrägerier, varigenom gäldenären försöker undandraga egendom från exekution, och förvärvares behov av skydd mot dold konkurrens. I kapitlet om nyttjanderätt har framställts hur rättighetsindelningen fungerat som skydd mot risken för varaktiga bindningar, dvs skydd för omsättningens eller äganderättens frihet.

Som en tredje funktion hos rättighetsindelningen, och kanske den mest grundläggande, har ovan i kapitel 4[1] presenterats dess funktion att ge uttryck åt olikheter i behandlingen av individuellt och generiskt bestämda anspråk vid konflikt med tredje man. Detta kapitel inleds med några synpunkter på frågan varför man behandlar individuellt och generiskt bestämda anspråk olika i sakrättsligt hänseende. Därefter följer, med historiska återblickar och internationella utblickar av varierande djup och omfattning, en inventering av de olika funktioner hos rättighetsindelningen som kan urskiljas i de fall, där andra rättighetstyper än generiskt bestämda anspråk och nyttjanderätter i det ena eller det andra sammanhanget klassificerats som obligatoriska. Syftet är här dels att ge en mera fullständig bild av de olika funktionerna hos rättighetsindelningen, dels att visa hur den svenska rätten i enskilda frågor varit beroende av särskilt tysk rätt.

2. Distinktionen mellan individuellt och generiskt bestämda anspråk

a) Inledning

En viktig funktion hos indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter är alltså att ge uttryck åt den olika behandling som man i konkurrenssituationer består anspråk på individuellt och generiskt bestämda anspråk. Vid konkurrens mellan individuellt bestämda anspråk, t ex vid dubbelförsäljning, talar man om en prioritetsprincip, som ger det äldre anspråket företräde framför det yngre. Vid konkurrens mellan individuellt och generiskt bestämda anspråk har de förra företräde enligt vad som kallas preferensprinci-

[1] Se ovan kapitel 4.7.

pen. Vid konkurrens mellan generiskt bestämda anspråk inbördes tillämpas en konkurrensprincip, eller likabehandlingsprincip, som ger anspråken proportionell utdelning i förhållande till deras storlek. Anspråk på generiskt bestämd egendom har genomgående betraktats som obligatoriska och man har länge varit på det klara med att det finns ett samband mellan å ena sidan indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter och å andra sidan distinktionen mellan individuellt och generiskt bestämda anspråk. Det var denna distinktion som kom till uttryck när man under 1700-talet i tysk rätt började skilja mellan de förut synonyma begreppen ius ad rem och obligatio, varvid man reserverade obligatio för just de generiskt bestämda anspråken. I modern nordisk doktrin har man reserverat begreppet fordringsrätt, som förut användes synonymt med termen obligatorisk rätt (obligationsrättighet), för de generiskt bestämda anspråken.[1a]

Men varför behandlas då de individuellt och generiskt bestämda anspråken olika?

b) Prioritetsprincipen och preferensprincipen

Prioritetsprincipen innebär att ett äldre individuellt bestämt anspråk tillerkännes företräde framför ett yngre. Företräde tillerkännes t ex vid dubbelförsäljning det tidigare köpet framför det senare. I svensk rätt är den avgörande tidpunkten den, då ifrågavarande egendom på ett tillfredsställande sätt individualiserats, vilket vanligen sker genom avtalet.[2] Man kan emellertid också tänka sig att anknyta prioriteten till något annat moment i händelseförloppet. I tysk rätt leder t ex föreställningen om rättighetsförvärv (sakrättsligt sett) genom besittningstagande eller inskrivning till att man räknar prioritet från denna tidpunkt. I själva verket utgör denna regel dock ett på särskilt sätt, nämligen med hänsyn till omsättningens behov av säkerhet, motiverat undantag från en grundläggande regel om prioritet från individualiseringen. En renodlad prioritetsprincip med utgångspunkt i besittningstagandet förekom däremot i den romerska rätten, där avtal om köp icke gav rätt till naturaprestation och man således icke kunde tala om konkurrens rörande individuellt bestämd egendom före besittningstagandet.[3]

Att man räknar prioritet just från individualiseringen beror uppenbarligen på att det är därigenom som naturagäldenären gentemot sin avtalspart blir förpliktad att leverera den bestämda egendomen, men varför tillerkänner man överhuvud taget den äldre rättighetshavaren företräde framför den yngre? I litteraturen besvaras denna fråga ibland med hänvisningar till en allmän

1a Se ovan kapitel 3 vid not 18, 53 och 57 f samt ovan kapitel 4.7. Jfr ock ang begreppen droit de suite och droit de préférence i fransk rätt ovan kapitel 3 vid not 37.

2 Se Hessler s 490 ff med hänvisningar.

3 Ang tysk rätt se ovan kapitel 5.3 och 4. Jfr angående betydelsen av gäldenärens skyldighet att prestera in natura Ziebarth s 199 f.

rättviseföreställning, så t ex i tysk rätt Baur.[4] Ibland åberopar man ändamålsskäl, såsom när Vinding Kruse hänvisar till konkurrensens stimulerande inverkan på det ekonomiska livet.[5] Hessler uttalar att det är en »ändamålssynpunkt i och för sig, att ett en gång uppkommet anspråk inte skall kunna slås ut av senare uppkomna eller av borgenärerna i en senare inträffande konkurs», varför man skulle kunna säga att »denna princip är den man har att falla tillbaka på, när inte andra synpunkter gör sig gällande.»[6]

I Hesslers uttalande vill jag instämma med det tillägget att det ändamål som avses måste vara en strävan att åstadkomma säkerhet i rättslivet. Likaväl som behovet av säkerhet i rättslivet kan åberopas som stöd för senare (godtroende) förvärvares företräde i vissa fall, bör det kunna betraktas som grunden för ett principiellt företräde för den förste förvärvaren vid konkurrens mellan individuellt bestämda anspråk.[7]

Vad sedan beträffar preferensprincipen så innebär den att individuellt bestämda anspråk generellt har företräde framför generiskt bestämda. Tydligt är att preferensprincipen aktualiseras endast i gäldenärens konkurs, ty i övrigt är det svårt att hävda att ett generiskt bestämt anspråk, som kan uppfyllas med vilken egendom som helst av ett visst slag, verkligen konkurrerar med ett individuellt bestämt. Preferensprincipen torde kunna återföras på samma ändamålsresonemang som prioritetsprincipen. Att andra synpunkter lätt kan motivera ett avsteg från preferensprincipen – liksom från prioritetsprincipen – är dock tydligt. I svensk rätt gäller ifråga om lös egendom ett mer eller mindre generellt undantag från preferensprincipen genom kravet på tradition för att en köpare skall vara skyddad mot säljarens borgenärer i konkurs.

c) Konkurrensprincipen

Varför vill man då vid konkurrens mellan generiskt bestämda anspråk inte fästa något avseende vid anspråkets ålder utan endast vid dess storlek? Hessler uttalar här att det i och för sig vore tänkbart att man hade någon annan princip, såsom att den äldre fordringen skulle gå före den yngre eller till och med tvärtom, så att den yngre fordringen skulle gå före den äldre. Någon utredning av varför den ena regeln gäller och inte den andra gör emellertid Hessler inte.[8]

Här måste man enligt min mening först uppmärksamma *konkursreglernas syfte,* som är att ge gäldenären största möjliga utsikter till fortsatt kredit och ny kredit i ett trängt läge. Om företräde gavs åt äldre fordran, vilket väl närmast skulle innebära ett försök till analogi med prioritetsprincipen ifråga om

[4] Baur § 17 A I och II. Jfr Braekhus-Haerem s 393, Heck § 24,2 samt Derruppé nr 194.
[5] Kruse II s 828 ff.
[6] Hessler s 78.
[7] Jfr Demogues indelning i *sécurité* statique och *sécurité* dynamique, ovan kapitel 3 vid not 42 och 62 a.
[8] Hessler s 77.

individuellt bestämda anspråk,[9] skulle gäldenären säkerligen få mycket svårt att i en pressad situation uppbringa nya krediter. Vem vill satsa pengar med utsikt att dessa först går åt till att betala gamla skulder om gäldenären går i konkurs? En sådan regel skulle dessutom vålla svårigheter i tillämpningen, eftersom det är svårt att få reda på hur stora fordringar som finns förut. Skulle man tillåta godtrosförvärv? En analogi av denna innebörd förefaller för övrigt väl ytlig. Skall man ge en genusborgenär samma rätt mot tredje man som mot gäldenären, vilket man beträffande individuellt bestämda anspråk gör genom prioritetsprincipen, synes det ligga närmast till hands att låta fordringens förfallotid vara avgörande. Den borgenär som gentemot gäldenären har rätt att få betalt före andra skulle då även i konkurs ha rätt att få betalt före andra. Att en sådan regel icke kan godtagas är emellertid uppenbart, även bortsett från att analogien som sådan förefaller tvivelaktig. Den skulle minska möjligheterna till långfristig kredit och, i den mån sådan kredit ändå förekom, ge stora möjligheter till manipulationer. Vad är lättare än att genom avtal ändra på förfallotiden?

En regel som ger yngre fordran företräde framför äldre är då mera befrämjande för gäldenärens kreditmöjligheter, men icke heller den ger ett tillräckligt skydd mot manipulationer. Möjligheten att genom avtal »föryngra» en skuld vore alltför stor.

Av allt att döma är en proportionell fördelning mellan borgenärerna i en konkurs den bästa ordningen, därför att den ger gäldenären möjligheter till fortsatt och ny kredit i en pressad situation, samtidigt som den inte lämnar något nämnvärt utrymme för manipulationer.

3. Återkrav vid ogiltighet, hävning och återvinning

a) Tysk rätt

Såsom tidigare[10] berörts är förvärv av äganderätt i tysk rätt abstrakta, dvs i princip oberoende av ogiltighet i det obligationsrättsliga överlåtelseavtalet. Förvärvaren blir trots den obligationsrättsliga ogiltigheten »ägare», sakrättsligt sett. Eventuella återkrav på grund av ogiltighet får därför endast obligationsrättslig karaktär och kan inte riktas mot förvärvarens borgenärer eller singularsuccessorer. Detsamma gäller återkrav vid hävning och återvinning i konkurs.[11]

b) Fransk rätt

I fransk rätt är läget helt annorlunda. Om ett köpeavtal ogiltigförklaras tillerkännes förklaringen retroaktiv verkan icke blott mellan parterna utan även i förhållande till tredje man. Ifråga om lös egendom skyddas dock godtroende ny

[9] Möjligheten till en sådan analogi antyds av Hessler a st.
[10] Jfr ovan kapitel 5.4.
[11] Redogörelse för tysk rätt lämnas av Bramsjö s 116 ff. Jfr ovan kapitel 5.4 a).

ägare av art 2279 Code civil (»en fait de meubles, la possession vaut titre»). Avser köpet fast egendom skyddas den som *efter* ogiltighetsförklaringen köper fastigheten genom krav på inskrivning av förklaringen. Den som *före* ogiltighetsförklaringen köpt fastigheten är emellertid oskyddad.[12]

Enligt fransk rätt har en säljare hävningsrätt vid kontraktsbrott, t ex om köpeskillingen inte betalas, även om godset kommit i köparens besittning (något förbehåll krävs alltså inte). Om avtalet hävs tillerkännes hävningen, liksom en ogiltighetsförklaring, retroaktiv verkan. Köparen anses då aldrig ha varit ägare, vilket har till följd att säljaren kan återtaga godset från ny ägare och köparens utmätningsborgenärer. Ny ägare skyddas dock ifråga om lös egendom av art 2279 Code civil och ifråga om fast egendom av ett krav på inskrivning av hävningen. Köparens konkursborgenärer är bundna av hävningen endast om anspråket framställts före konkursen.[13]

När det gäller återvinningstalan till förmån för säljarens konkursbo – »action paulienne» – gör man skillnad mellan fall då talan går ut på återställande av viss sak och fall då talan går ut på återfående av visst belopp. I förra fallet kan anspråket göras gällande mot tredje man men icke i det senare.[14]

c) Dansk och norsk rätt

I äldre dansk och norsk doktrin, särskilt den norska, betraktades en säljares återkrav på grund av ogiltighet eller hävning vid kontraktsbrott och återvinningskrav från en säljares konkursbo mot köparen under tydligt inflytande av tysk rätt som obligatoriska. Detta ledde till att de icke ansågs medföra separationsrätt i köparens konkurs utan endast ett utdelningsberättigat anspråk på skadestånd. Modern doktrin har emellertid i största utsträckning övergivit denna ståndpunkt och ger den återkravsberättigade säljaren och hans konkursbo separationsrätt i köparens konkurs.[15]

För den äldre, i begreppsjurisprudens fångade doktrinen var det naturligt att låta en uppfattning av återkraven som obligatoriska också få konsekvenser i förhållandet till ny ägare, som då icke ansågs bunden av återkravet. Å andra sidan ledde ett antagande av separationsrätt i köparens konkurs till uppfattningen att återkrav enligt den i övrigt tillämpade vindikationsprincipen kunde göras gällande även mot godtroende ny ägare. I modern doktrin utgår man, såsom tidigare berörts beträffande ogiltighetsfallen, utan hänvisning till återkravens behandling i köparens konkurs från att återkrav vid ogiltighet och hävning på grund av kontraktsbrott följer den vanliga regeln om vindikation, varifrån dock undantag möjligen göres i vissa särskilda fall (ogiltighet på grund av lindrigt tvång etc, dvs »svaga» ogiltighetsanledningar). Beträffande återvinning i

12 Mazeaud II:1 nr 335. Jfr ovan kapitel 5.5 a).
13 Mazeaud III:2 nrs 1015 och 1017.
14 Mazeaud II:1 nr 1007.
15 Bramsjö s 123 ff. Munch-Petersen s 144 f, Braekhus, Konkursrett s 156 f.

konkurs finns i både dansk och norsk rätt ett stadgande i konkurslagen om skydd för godtroende ny ägare.[16]

d) Svensk rätt

Beträffande återkrav vid ogiltighet och hävning synes man i svensk doktrin, både äldre och nyare, helt opåverkad av den tyska uppfattningen av dessa anspråk som obligatoriska. Sålunda har man allmänt antagit att återkravet medför separationsrätt i köparens konkurs (alltså tredjemansskydd), samtidigt som godtroende ny ägare skyddats mot återkrav (alltså ej tredjemansskydd).[17] Ifråga om återvinning i konkurs synes emellertid tysk doktrin ha inverkat på debatten. Utgångspunkten har varit ett uttalande i motiven till 38 § konkurslagen (numera § 40 a), som skyddar godtroende köpare mot återvinningsanspråk:

»... återvinningsrätten är en rättighet, som konkursboet äger gentemot den, till vilken gäldenären avhänt sig egendomen; denna rättighet utsträckes emellertid genom stadgandet till att gälla även gentemot den, som sedermera i ond tro förvärvat egendomen.»[18]

I detta uttalande, som väl rätteligen bör ses endast som ett uttryck för den allmänna regeln om skydd för godtroende köpare i svensk rätt, har man sett uppfattningen av återvinningsrätten som i princip obligatorisk med konsekvensen att dessa anspråk ej skulle kunna göras gällande med separationsrätt i köparens konkurs.[19] Härtill kan för det första sägas att uttalandet närmast erinrar om en »ius-ad-rem-konstruktion», för det andra att en sådan analogi från konkurrens med ny ägare till konkurrens med konkursborgenärer fordrar ett visst mått av begreppsjurisprudens.

Uppfattningen av återvinningsanspråken som obligatoriska, vilken framförts främst av Lejman, har också understötts med ändamålssynpunkter. Lejman har menat att man, då konkursbo står mot konkursbo, bör låta återvinningsobjektet tillgodogöras av det konkursbo till vilket det normalt hör och inte tillämpa återvinningsregler, som har karaktär av undantagsregler.[20] Synpunktens relevans

16 Bramsjö s 299 ff. Se vidare t ex Illum s 219 ff samt Braekhus-Haerem s 423 ff. Ang verkan av hävningsförbehåll mot köparens borgenärer i dansk rätt se Kruse II s 1289 ff, som förnekar möjlighet till skydd, och Illum s 111 f, som erkänner möjlighet till skydd. Jfr ovan kapitel 5.6 a).

17 Bramsjö s 132 ff och 301 ff med hänvisningar samt Hessler s 170 ff.

18 Konkurslagsförslaget 1911 s 234.

19 Bramsjö s 137. Lejman s 17 ff.

20 Lejman a st. Lejmans resonemang är präglat av begreppsjurisprudens. Den antagna ståndpunkten förklaras medföra den konsekvensen att återvinningssvaranden blir att betrakta som ägare under tiden för sitt innehav, vilket skulle få betydelse vid hävd, preskription och dylika civila rättsinstitut och för frågan om beståndet av rättigheter som återvinningssvaranden upplåtit till återvinningsobjektet etc.

har dock bestritts av Hult.[21] Lejman har också som skäl för att vägra återvinningsanspråket separationsrätt påpekat att risken för skentransaktioner här är obetydlig. Hans uppfattning har dock icke vunnit anslutning. Bramsjö har därefter som sin mening uttalat att domstolarna har frihet att välja den lösning, separation eller bevakning, som de finner lämpligast.[22] Senare har dock lagberedningen i betänkandet Utsökningsrätt X (SOU 1970:75) uttalat att separationsrätt föreligger för det återvinnande konkursboet.[23]

Till detta resultat kommer man också om man utgår från att köparens konkursbo icke skall få bättre rätt än köparen personligen och konstaterar att det saknas anledning att frångå denna regel.

e) Sammanfattning

Av den lämnade redogörelsen framgår, att återkrav på grund av ogiltighet, hävning och återvinning främst aktualiserar frågan om ny ägares bundenhet vid (dold) konkurrens. I tysk rätt har återkravens obligatoriska karaktär i det allmänna systemet med förvärv av sakrätt genom abstrakt sakrättsligt avtal och tradition fungerat främst som ett skydd för ny ägare. Automatiskt har återkraven då också frånkänts verkan mot köparens borgenärer i konkurs.

I äldre nordisk doktrin var man svag för denna tyska lösning av det konkreta problemet hur ny ägare skulle skyddas. Härigenom hamnade man också i regler som frånkände vindikanten separationsrätt i köparens konkurs. Modern nordisk doktrin synes emellertid, liksom fransk rätt, mera inriktad på en lösning av de konkreta problemen i större harmoni med förutsättningarna i den egna rättsordningen. Ändamålssynpunkter har här lett till att ny godtroende ägare skyddas, medan vindikanten tillerkännes separationsrätt i köparens konkurs.

4. Förköpsrätt, optionsrätt och återköpsrätt

a) Äldre tysk rätt samt preussisk rätt

I äldre tysk rätt förekom ett stort antal legala förköps- och lösningsrätter (»Näherrechte») till fast egendom. Dessa avskaffades i huvudsak under förra hälften av 1800-talet i samband med övergången till en i alla avseenden friare ekonomi. Den »fria omsättningen» prioriterades medvetet på bekostnad av äldre bindningar till familj, grannar och andra personer.[24]

I den preussiska rätten – ALR – behandlades förköps- och återköpsrätt tillsammans med dessa Näherrechte.[25] Förköpsrätt kunde vara antingen legal

[21] SvJT 1940 s 786 f.
[22] Bramsjö s 138.
[23] SOU 1970:75 s 173. Jfr Welamson s 282 samt Hessler s 176 f.
[24] Dernburg I § 380, Hedemann 2:1 s 39 ff. Ang äldre tysk rätt se även Gierke II s 766 ff. Jfr ovan kapitel 4.2.
[25] Dernburg I § 380 not 2.

eller grundad på avtal. Avtalad förköpsrätt rörande fast egendom kunde få sakrättslig karaktär genom inskrivning i fastighetsboken. Ifråga om lös egendom erkändes däremot ingen på avtal grundad förköpsrätt som sakrättslig.[26] Förköpsrätten kunde vara »einmalig», dvs gälla endast vid den första försäljningen, eller »fortgesetztes», dvs gälla även vid senare försäljningar. Tendenser till en begränsning av giltigheten i tiden synes dock ha funnits.[27]

Liknande regler gällde för återköpsrätt.[28]

b) Modern tysk rätt

I modern tysk rätt[29] är läget det att det finns en obligatorisk och en sakrättslig förköpsrätt men enbart en obligatorisk återköpsrätt. Den sakrättsliga förköpsrätten kan avse endast fast egendom.

Den obligatoriska förköpsrätten innebär att den berättigade vid egendomens försäljning (genom obligatoriskt »Vertrag») genom en enkel förklaring kan inträda som köpare istället för den som slutit köpeavtalet med säljaren och på de villkor som upptagits i köpeavtalet. Säljaren är alltså i detta läge obligatoriskt förpliktad att överlåta egendomen till den förköpsberättigade (genom »Einigung» och tradition eller inskrivning) samtidigt som han, om han icke vid försäljningen gjort förbehåll om förköpsrätten, är obligatoriskt förpliktad att överlåta egendomen till den ursprunglige köparen. Fullföljer säljaren det ursprungliga köpeavtalet är den förköpsberättigade hänvisad till skadeståndskrav. Egendomen kommer han i så fall inte åt, oavsett om den som köpte känt till förköpsrätten (enligt abstraktionsprincipen). Överlåter säljaren egendomen till den förköpsberättigade blir han, om förbehåll för förköpsrätten ej skett i det ursprungliga köpeavtalet, skadeståndsskyldig mot köparen. – När förköpsrätten gäller fast egendom kan den emellertid säkras genom Vormerkung. Därigenom blir den i praktiken sakrättsligt skyddad mot ägarens borgenärer och ny ägare.[29a]

Den sakrättsliga förköpsrätten till fast egendom uppstår genom inskrivning i fastighetsboken och kan medföra en permanent belastning på egendomen, alltså en förköpsrätt som gäller även mot senare ägare till fastigheten.[30] Den kan också konstrueras så att den gäller till förmån för ägaren av viss fastighet och blir då ett slags servitut. I motsats till den obligatoriska förköpsrätten gäller den sakrättsliga även vid försäljning på exekutiv auktion.[31]

Beträffande den obligatoriska återköpsrätten gäller i stort sett samma regler som beträffande den obligatoriska förköpsrätten.

26 Dernburg I § 380, 2.
27 Dernburg I § 380, 1.
28 Motiven II s 351 vid not 3.
29 Se t ex Larenz II § 44 II och III samt § 497 ff, 504 ff och 1094 ff BGB.
29a Jfr ovan kapitel 4 vid not 10.
30 § 1097 BGB.
31 Att den obligatoriska förköpsrätten inte kan göras gällande vid exekutiv auktion ansågs följa av dess obligatoriska karaktär, se Motiven II s 341 och 350.

c) Fransk rätt

Även i äldre fransk rätt förekom ett stort antal legala lösningsrätter. Dessa rensades i huvudsak bort genom Code civil i en medveten strävan efter frihet i äganderätten.[32] Mot avtal om förköpsrätt eller återköpsrätt har dock inte införts några egentliga spärrar, om man bortser från att återköpsrätt inte kan göras gällande mer än fem år.[33] Avtal om förköpsrätt kallas »convention de préemption» eller »pacte de préférence». Avtal om återköpsrätt kallas »vente à réméré» eller »pacte de rachat».[34]

Avtal om förköpsrätt anses närbesläktade med ensidiga utfästelser om försäljning (»promesse unilaterale de vente»), som ger den tilltänkte köparen en optionsrätt. Ensidiga utfästelser av detta slag förekommer i stor utsträckning beträffande fast egendom, särskilt i samband med upplåtelser av nyttjanderätt.[35]

Vilken verkan har då avtal om förköpsrätt mot tredje man, dvs den förpliktades borgenärer och singularsuccessorer? Utgångspunkten synes vara att en förköpsberättigad endast får en »droit de créance», alltså en obligatorisk rätt, som endast kan göras gällande i form av skadeståndskrav om egendomen skulle utmätas hos ägaren eller säljas på annat håll.[36] Åtminstone beträffande ensidiga utfästelser att sälja har man emellertid i rättspraxis uppställt ett slags krav på god tro hos den som köper av en förpliktad. Med hänvisning till principen »fraus omnia corrumpit» har domstolarna tagit sig friheten att ogiltigförklara senare försäljningar till ondtroende köpare. För att underlätta bevisning om svek har den berättigade också fått möjlighet till inskrivning av sin rätt om den avser fast egendom.[37]

Avtal om återköpsrätt tolkas som ett resolutivt villkor vid försäljning. Säljare som förbehåller sig återköpsrätt anses därför, om återköpsrätten sedan utnyttjas, ha varit ägare hela tiden. Till följd härav anses den som köper av någon som är bunden av en återköpsrätt förvärva från annan än rätt ägare. I fastighetsrätten, där möjlighet till godtrosförvärv i princip inte erkännes, har man dock skyddat senare förvärvare av äganderätt och panträtt genom krav på att återköpsrätten skall vara inskriven för att gälla mot dem. Ifråga om lös egendom är senare godtroende förvärvare skyddad av art 2279 Code civil.[38] Uppfattningen att säljaren fortfarande är ägare torde också medföra att återköpsrätten är skyddad mot att egendomen utmätes hos köparen.

[32] Mazeaud III:2 nr 764.
[33] Art 1660 Code civil.
[34] Mazeaud III:2 nr 769 och nrs 917 ff samt art 1659 Code civil.
[35] Mazeaud III:2 nrs 769 och 788.
[36] Mazeaud III:2 nr 793.
[37] Mazeaud III:1 nr 664, III:2 nrs 793 och 796.
[38] Mazeaud III:2 nrs 917 ff.

d) Dansk och norsk rätt

I dansk och norsk rätt är det möjligt att genom avtal stifta förköps- och återköpsrätter icke blott avseende den första överlåtelsen utan även mera permanenta rättigheter av detta slag, gällande i senare försäljningsled.[39] Avser rättigheten fast egendom kan inskrivning ske. Under alla omständigheter är rättigheten skyddad mot ny ägare i ond tro. I dansk rätt men icke i norsk kan förköpsrätten göras gällande även vid exekutiv auktion.[40]

e) Svensk rätt

Den äldre JB:s förbud mot resolutiva villkor vid fastighetsköp medförde att avtal om förköpsrätt till fast egendom ansågs ogiltiga.[40a] Detta ville man ändra på i de tidigare jordabalksförslagen under 1900-talet. Jordabalksförslagen 1909, 1947 och 1960 innehöll alla regler om avtalad förköpsrätt till fast egendom. Giltighetstiden för sådan förköpsrätt var i förslagen begränsad till normalt 50 år.[41] Dessa regler upptogs emellertid icke i den slutliga lagstiftningen. Anledningen härtill var att något behov av regler om förköpsrätt ej ansågs föreligga samt farhågor för att institutet skulle medföra »ogynnsamma verkningar bl a för fastighetsomsättning och kreditgivning».[42] Liksom tidigare anses därför också efter nya JB:s införande avtal om förköpsrätt till fast egendom ogiltiga. Detsamma gäller avtal om återköpsrätt.[42a]

Däremot anses ett avtal om förköpsrätt eller återköpsrätt till lös egendom i och för sig giltigt mellan parterna. Man menar emellertid att sådana rättigheter endast har verkan på partsplanet och inte kan göras gällande mot upplåtarens borgenärer och inte heller mot ny ägare, icke ens om denne känt till rättighetens existens.[43] – Undén[44] uttalade utan närmare motivering att en återköpsrätt till lös egendom icke i och för sig torde ha sakrättslig verkan, varmed menades verkan mot upplåtarens borgenärer, detta i motsats till ägarförbehåll och enkla hävningsförbehåll. Möjligen menade Undén att återköpsrätten, som normalt icke

[39] Illum s 199 f menar att avtal om förköpsrätt in dubio skall tolkas så att förköpsrätten kan göras gällande endast vid den första försäljningen. Jfr Braekhus-Haerem s 299: Ett avtal om förköpsrätt »må . . . ofte forstås slik at den faller bort hvis man ikke benytter seg av den ved første anledning». Jfr Bengtsson, Särskilda avtalstyper I s 65. Jfr ock nedan vid not 45 f.

[40] Illum, Tinglysning s 18 och 142, Braekhus-Haerem s 293 f och 304 samt Tolstrup s 34 och 48 f. – Se ang återköpsrätt dock Illum s 221, där riskerna med sådana rättigheter betonas.

[40a] Se t ex Undén II:1 § 13.

[41] 6 kapitlet i 1909 års förslag, 5 kapitlet i förslagen 1947 och 1960.

[42] Prop 1970:20 B s 23. Ang den nämnda synpunkten jfr ovan kapitel 7 vid not 192 ff.

[42a] Hessler s 448 ff.

[43] Hessler ibid.

[44] Undén I s 106.

är förenad med besittning, skulle sakna verkan mot upplåtarens borgenärer som en konsekvens av kravet på tradition som förutsättning för skydd mot säljarens borgenärer vid köp av lös egendom. I så fall var det risken för skentransaktioner o d som låg bakom hans uttalande. – Bengtsson[45] diskuterar huruvida en förköpsrätt skall kunna göras gällande vid exekutiv auktion, så att köparen blir bunden av förköpsrätten på samma sätt som gäldenären. En så revolutionerande förändring av de sakrättsliga principerna har man enligt Bengtsson »naturligtvis haft svårt att acceptera». Närmast är det alltså permanenta förköpsrätter som Bengtsson vänder sig mot. Vad han diskuterar är icke om köparen på en exekutiv auktion skall kunna slås ut av den förköpsberättigade utan om han skall vara bunden på samma sätt som exekutionsgäldenären. För övrigt medför försäljning på exekutiv auktion särskilda problem när det gäller förköpsrätt, eftersom man ju kan säga att den förköpsberättigade då har möjlighet att vara med och bjuda på auktionen.[46] Även om man i princip erkänner giltigheten av förköpsrätter mot tredje man kan det finnas anledning att göra undantag just vid exekutiv försäljning. – Hessler synes här falla tillbaka på sin utgångspunkt, »att dessa belastningar helt och hållet stannar på partsplanet», dvs att betingelser på grund av risken för hinder i omsättningen icke tillerkännes verkan mot tredje man.[47]

Ett utbjudande till försäljning anses däremot bindande för tredje man, dvs den tilltänkte säljarens borgenärer och singularsuccessorer, när fråga är om lös egendom.[48] I förhållande till den tilltänkte säljarens borgenärer är förstås en förutsättning att egendomen kommit i anbudstagarens besittning. Om det i samband med en upplåtelse av nyttjanderätt till lös sak avtalats att nyttjanderättshavaren skall ha rätt att förvärva äganderätten till egendomen måste således i varje fall den sålunda uppkomna optionsrätten ha verkan mot tredje man. Att anbudet är av långfristig karaktär torde inte påverka dess betydelse för säljarens borgenärer, knappast heller för ny ägare.

I ett par fall göres undantag från uppfattningen att återköpsrätt o d icke kan göras gällande mot tredje man. Undantagen avser dels säkerhetsöverlåtares återköpsrätt, dels rätt ägares lösningsrätt efter godtrosförvärv. Båda dessa typer av anspråk anses numera[49] kunna göras gällande såväl mot köparens respektive godtrosförvärvarens borgenärer som mot ny ägare, i det senare fallet naturligtvis även om denne är i god tro. I denna uppfattning kan man säkerligen instämma. En kort kommentar fordras dock till det sätt, varpå regeln om sakrättslig verkan av rätt ägares lösningsrätt vid godtrosförvärv underbyggts i doktrinen.

[45] Bengtsson, Särskilda avtalstyper I s 65.
[46] Enligt lagen om kommunal förköpsrätt till fast egendom är exekutiv försäljning undantagen med just denna motivering. Se 3 § p 5 i lagen. Jfr Hessler s 448 f.
[47] Hessler s 447 och 450.
[48] Almén-Eklund vid § 7 in fine ang läget vid anbudsgivarens konkurs. Jfr Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt s 239 f och Trygger, Om fullmakt s 123 f.
[49] Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse s 115 ff med hänvisning till äldre doktrin, där uppfattningen var den motsatta, samt Hessler s 450 f.

Enligt Grönfors[50] bör lösningsrätten kunna göras gällande även mot godtrosförvärvarens singularsuccessorer, ty »en motsatt regel skulle naturligen göra lösningsrätten till blott ett sken, samtidigt som den skulle uppmuntra den förste godtrosförvärvaren att, i den händelse han finge reda på säljarens bristande förfoganderätt, genom en simulerad rättshandling hastigt avyttra godset och därigenom göra det oåtkomligt för ägaren.»[51] Grönfors' motivering förefaller dock litet långsökt. Skälet till att lösningsrätten icke skall gå förlorad genom att godset avyttras till en ny godtroende förvärvare torde i all enkelhet vara att ett nytt led i fångeskedjan icke förändrar den intresseavvägning mellan rätt ägare och förvärvaren som reglerna om godtrosförvärv innebär. Är den förste förvärvaren tillräckligt tillgodosedd genom lösensumman får den senare också vara det. Det saknas anledning att ge honom en mera gynnad position.

När det gäller lösningsrättens ställning vid godtrosförvärvarens konkurs eller vid utmätning i hans bo uttalar Grönfors att som den naturliga utvägen onekligen framstår att ge borgenärerna samma ställning som gäldenären.[52] Därefter framhåller Grönfors att borgenärerna endast är intresserade av sakens ekonomiska värde och att lösningsrätten i det stora flertalet fall, då en någorlunda rimlig köpeskilling erlagts, innebär en möjlighet för borgenärerna att få bättre betalt för saken än en exekutiv auktion med de därvid oftast starkt nedpressade priserna skulle kunna ge. Jag kan hålla med om att det saknas anledning att ge borgenärerna bättre rätt än gäldenären. Någon risk för skentransaktioner e d föreligger knappast här. Jag menar dock att problemet icke ställes på sin spets i den av Grönfors diskuterade situationen. Grönfors förutsätter att borgenärerna har saken i sin besittning och att rätte ägaren har lösensumman. I det fallet är det säkerligen bäst för borgenärerna att gå med på lösen, men hur blir det om rätte ägaren vid utmätningen eller konkursen redan har betalat lösensumman och ännu inte fått ut saken? Endast om rätte ägaren i den situationen har separationsrätt kan man kalla lösningsrätten borgenärsskyddad.[53]

f) Sammanfattning

Av allt att döma aktualiserar avtal om förköpsrätt, optionsrätt och återköpsrätt dels den vanliga frågan, hur man skall skydda förvärvare mot dold konkurrens

[50] SvJT 1948 s 643 ff.
[51] Ibid. s 643.
[52] Ibid. s 644.
[53] En särskild fråga är i vilken mån man kan avtala om förköpsrätt till aktier. Enligt 9 § 2 mom aktiebolagslagen må ej i bolagsordning intagas andra begränsningar i förfoganderätten över aktier än vissa särskilt angivna. Förköpsrätt får föreskrivas endast i den utsträckning som tillåtes i § 70 aktiebolagslagen. Främst synes denna begränsning grundad på att aktieägaren måste ha möjlighet att under bolagets bestånd få ut sin kapitalinsats. En motsatt princip skulle avhålla från kapitalplacering i aktier och därmed försvåra näringslivets kapitalförsörjning. Se t ex Rodhe, Aktiebolagsrätt 6 kapitlet, samt SOU 1941:9 s 262.

och borgenärer mot bedrägerier, dels frågan hur man skall motverka risken för varaktiga bindningar av egendomen genom begränsningar i ägarens förfoganderätt. Sistnämnda fråga uppstår när rättigheten är avsedd att gälla under längre tid, eventuellt genom senare försäljningsled.

I tysk rätt har man genom en sakrättslig förköpsrätt till fast egendom (vid sidan av möjligheten att inskriva en obligatorisk förköpsrätt genom Vormerkung) brutit det vanliga mönstret, vari dessa synpunkter tillgodoses genom indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter. I fransk rätt har man sökt motverka risken för långvariga begränsningar i ägarens förfoganderätt med en begränsning av giltighetstiden för återköpsrätt, men i övrigt har man nöjt sig med vanliga regler om utmätningsskydd för »ägare» och godtrosförvärv för köpare. I dansk och norsk rätt gäller här inga särskilda regler till skydd mot varaktiga bindningar. Varken i fransk, dansk eller norsk rätt kan i detta sammanhang spåras något direkt inflytande från tysk rätt. Däremot synes svensk rätt ifråga om lös egendom i viss mån påverkad av den tyska indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter. I svensk fastighetsrätt har man dock valt att anse detta slags avtal helt ogiltiga.

5. Förbud mot överlåtelse eller pantsättning

a) Inledning

Överlåtelseförbud torde i första hand förekomma som villkor i samband med överlåtelse till den som skall vara underkastad förbudet. Om denna överlåtelse sker mot vederlag kan man tala om oneröst överlåtelseförbud. Är överlåtelsen benefik kan man tala om benefikt överlåtelseförbud.

Förbud mot pantsättning torde följa samma regler som förbud mot överlåtelse och uppmärksammas därför i det följande icke särskilt.

b) Tysk rätt

I preussisk rätt tillerkändes överenskommelser om överlåtelseförbud verkan mot tredje man om de inskrivits i fastighetsboken eller tredje man hade kännedom om förbudet.[54] Med dessa regler bröt BGB, vars regler istället grundades på den i romersk rätt härskande uppfattningen att rätten till överlåtelse är ett väsentligt moment i äganderätten. Ett avtal om överlåtelseförbud grundar enligt modern tysk rätt endast ett obligatoriskt anspråk, som i och för sig binder den förpliktade parten och som kan ge upphov till skadeståndsskyldighet vid kontraktsbrott men som saknar verkan mot tredje man. I motiven till BGB:s bestämmelse om överlåtelseförbudens sakrättsliga overksamhet (§ 137) erinrades om att sakrättsliga frågor icke var underkastade »rechtsgeschäftliche

[54] Dernburg I § 80 vid not 4–6.

Aktionenfreiheit» och åberopades som skäl mot sakrättslig giltighet att egendom annars skulle kunna undandragas omsättning och borgenärsangrepp.[55]

c) Fransk rätt

I fransk rätt erkännes giltigheten av överlåtelseförbud både i samband med onerösa och benefika rättshandlingar.[56] En begränsning finns dock däri att överlåtelseförbudet icke får vara permanent. Giltighetstiden måste vara begränsad på ett reellt sätt, annars är förbudet ogiltigt. Man prövar också ändamålet med överlåtelseförbudet och underkänner förbudet om ändamålet anses icke godtagbart. Som godtagbart ändamål anses t ex att en säljare av fast egendom vill undvika att få andra grannar än den aktuelle köparen eller att den som mottager egendomen skall hinna bli myndig innan han disponerar över den.

I förhållande till tredje man gäller överlåtelseförbudet fullt ut. Enligt framställningen i Dalloz, Répertoire de droit civil, är icke blott borgenärer och ny ondtroende ägare bundna av förbudet utan även ny ägare i god tro. Men även den uppfattningen förekommer att godtroende ny ägare är skyddad.[57]

d) Dansk och norsk rätt

I dansk rätt antages överlåtelseförbud kunna göras gällande fullt ut mot ny ägare. Borgenärsskydd tillerkännes benefika överlåtelseförbud samt onerösa överlåtelseförbud om den berättigade har ett självständigt intresse i förbudets upprätthållande. Begränsningen i de onerösa överlåtelseförbudens verkan mot borgenärer grundas på risken för att egendom annars skulle kunna göras utmätningsfri.[58]

I norsk rätt finns ett stadgande i 64 § tvangsfuldbyrdelseloven som ogiltigförklarar privata utmätningsförbud, ifall vederlag mottagits. Detta innebär att onerösa överlåtelseförbud icke har verkan mot borgenärer. Verkan mot ny ägare antages dock. Benefika överlåtelseförbud tillerkännes verkan mot såväl borgenärer som ny ägare.[59]

Överlåtelseförbud avseende fast egendom kan inskrivas i fastighetsboken enligt såväl dansk som norsk rätt.[60]

55 Motiven II s 77. Ang 137 § BGB se t ex Eichler I s 122 samt Baur § 20 VII. Jfr Baur § 4 IV.
56 Dalloz, Rép de droit civil, Inaliénabilité nrs 23 ff, Colin-Capitant I nrs 1608 ff.
57 Dalloz, Rép de droit civil, ibid, nrs 38 och 41, Colin-Capitant I nr 1613.
58 Illum s 451 f, Kruse I s 219 med hänvisningar, Ross, Ejendomsret s 331 f.
59 Braekhus-Haerem s 303 och 475 f, Augdahl s 429 f. Jfr Eckhoff i TfR 1942 s 320 ff med hänvisningar.
60 Illum s 451, jfr densamme, Tinglysning s 18 f, samt Augdahl s 429.

e) Svensk rätt

Frågan om verkan av överlåtelseförbud mot ägarens borgenärer är, menade Nial i sin förut nämnda uppsats »Nya sakrätter?» i SvJT 1940, en del av spörsmålet om rättsskyddet för obligatoriska rättigheter.[61] Avtal om överlåtelseförbud skulle alltså enligt Nial grunda allenast en obligatorisk rätt. Detta ger emellertid en dålig beskrivning av gällande regler.

Rättsläget ifråga om överlåtelseförbudens verkan mot tredje man i svensk rätt synes närmare bestämt vara följande.[62] Man skiljer mellan onerösa och benefika överlåtelseförbud. De benefika överlåtelseförbuden anses kunna göras gällande såväl mot förvärvarens borgenärer som mot ny ägare. Borgenärsskyddet innebär att överlåtelseförbudet utgör ett utmätningsförbud och att egendomen inte kan indragas i förvärvarens konkurs. Skyddet mot ny ägare innebär att en överlåtelse i strid med förbudet blir ogiltig, givetvis med den inskränkningen att nye ägaren kan göra ett godtrosförvärv enligt vanliga regler. Beträffande onerösa överlåtelseförbud är reglerna både mera nyanserade och, åtminstone såvitt gäller förhållandet till ny ägare, mera osäkra. Borgenärsskydd tillerkännes endast överlåtelseförbud som uppställts i överlåtarens intresse, däremot icke förbud som uppställts i förvärvarens intresse. Som skäl härtill anges att det annars skulle bli alltför lätt för en skuldsatt person att göra sin egendom utmätningsfri. Ifråga om de onerösa överlåtelseförbudens verkan mot ny ägare uttalar Hessler följande:

»Vad . . . angår förhållandet till ny *ägare* vid ett överlåtelseförbud av nu berört slag är det väl tveksamt vad som skall anses gälla. Möjligen skulle det anses konsekvent att överlåtelseförbud, som antas ha verkan mot borgenärer, tilläggs samma verkan mot ny ägare som vid benefika överlåtelser. . . . Något särskilt stöd för en sådan sammankoppling kan jag emellertid inte anföra.»[63]

f) Sammanfattning

Liksom förköpsrätter och liknande rättigheter aktualiserar överlåtelseförbuden såväl risk för dold konkurrens och borgenärsbedrägerier som risk för varaktiga begränsningar i ägarens befogenheter. Tydligt är att dessa risker i tysk rätt motverkas genom att överlåtelseförbuden uppfattas som obligatoriska.

Varken i fransk, dansk eller norsk rätt har man i detta sammanhang varit direkt beroende av den tyska rätten. Vad beträffar svensk rätt har visserligen Nial betecknat överlåtelseförbuden som obligatoriska, men man synes allmänt inställd på en förutsättningslös bedömning av dessa efter ändamålssynpunkter. Man har till och med gått ovanligt långt i nyanseringen av reglerna i detta sammanhang.

61 Hessler s 467.
62 Hessler s 464 ff.
63 Hessler s 467.

En särbehandling av de benefika överlåtelseförbuden är visserligen naturlig. Mot bakgrund av strängheten i det traditionskrav som är en förutsättning för borgenärsskydd vid köp av lös egendom är dock beredvilligheten att bedöma syftet med ett oneröst överlåtelseförbud i det enskilda fallet en smula förvånande.

6. Avtal om enkelt bolag

a) Inledning

Enligt 45 § lagen om handelsbolag och enkla bolag (bolagslagen, 1895) uppstår ett enkelt bolag om två eller flera personer sluter bolag för visst företag eller för fortsatt verksamhet och bolaget ej är ett handelsbolag. Handelsbolag blir bolaget om bolagsmännens avsikt är att under gemensam firma idka handel eller annan bokföringspliktig näring eller om bolaget införes i handelsregistret.[64]

Nial exemplifierar de enkla bolagen på följande sätt:

»Det enkla bolaget kan sålunda användas för rörelse, som icke är bokföringspliktig, men också för verksamhet, som över huvud icke kan betecknas som ekonomisk rörelse. I sistnämnda avseende märkes den betydelsefulla gruppen bolag för mera tillfälliga ändamål. Vidare kan verksamheten vara av annat slag än sådan som avser att förvärva vinst: 'konsortier' för samverkan mellan företag i syfte att förbilliga råvaruanskaffning, transporter e. d., aktieägarkonsortier för åstadkommande av en majoritetsbildning i ett aktiebolag eller eljest för inverkan på maktförhållandena i ett aktiebolag, bolagskonstruktioner för verksamhet i icke ekonomiskt syfte etc.»[65]

Enligt motiven till bolagslagen skall ett enkelt bolag betraktas som allenast ett obligatoriskt rättsförhållande mellan bolagsmännen utan betydelse för tredje man. Den obligatoriska karaktären är alltså här, liksom vid nyttjanderätt till lös sak, så att säga »officiell» i högre grad än fallet är ifråga om andra här behandlade rättighetstyper. Samtidigt måste man emellertid konstatera att den svenska rätten i detta sammanhang står isolerad. Orsaken är att den svenska lagstiftningen skedde under inflytande av det första BGB-förslaget 1888, som emellertid på denna punkt kraftigt omarbetades före den slutliga tyska lagstiftningen.

b) Tysk rätt

Reglerna om enkelt bolag (Gesellschaft) i 1888 års BGB-förslag byggde på det romerska societasinstitutet. Bolaget var konstruerat som ett rent obligatoriskt förhållande. Egendom som enligt bolagsavtalet skulle användas i bolagsverksamheten (bolagstillgångarna) var antingen under en bolagsmans enskilda äganderätt

64 1 § och 45 § 2 st bolagslagen.
65 Nial, Handelsbolag s 371. Jfr Larenz II § 60 I a).

och lämnad bolaget för nyttjande eller under bolagsmännens samäganderätt till fixerade andelar. Fordringar och skulder tillkom delägarna personligen. Delägare kunde fritt förfoga över sin andel i bolagstillgångarna respektive enskilda till dessa hörande föremål. Bolagsmannen hade endast en obligatorisk förpliktelse gentemot övriga delägare att icke förfoga över egendomen eller andelen i strid med bolagsavtalet.[66]

Såsom redan omtalats godtogs emellertid inte det första BGB-förslagets regler om Gesellschaft. BGB:s regler kom istället att bygga på det germanska institutet »Gemeinschaft zur gesamten Hand». Reglerna innebär i stort sett följande: Bolaget kan slutas för bestämd eller obestämd tid. Ett bolag för obestämd tid kan när som helst uppsägas av delägare. Ett bolag för bestämd tid kan uppsägas i förtid »aus wichtigem Grund».[67] – Vanligen bildas en för delägarna i bolaget gemensam förmögenhet (Vermögensgemeinschaft). Denna uppkommer genom tillskott från delägarna eller förvärv utifrån. Bolagsförmögenheten är en från delägarnas privata förmögenheter avskild egendomsmassa. Förfoganden över denna kan ske endast genom beslut av delägarna gemensamt. En enskild delägare kan inte förfoga över en andel vare sig i egendomsmassan eller i enskilda därtill hörande föremål. En delägares borgenärer kan emellertid utmäta hans andel i bolagsförmögenheten, varigenom de får rätt att uppsäga bolaget till upphörande med omedelbar verkan, även om den i bolagsavtalet bestämda verksamhetstiden inte är ute. Vill övriga delägare i bolaget fortsätta verksamheten kan de undvika en fullständig avveckling genom att lösa ut borgenären. Vid konkurs gäller liknande regler. – Vid avräkning med övriga delägare efter utmätning eller konkurs skall först bolagsskulderna betalas eller medel avsättas till täckning av dem. Sedan detta skett återfår var och en sin kapitalinsats och slutligen fördelas eventuellt uppkommen vinst. Har verksamheten gått med förlust så att det uppstår en brist, kan delägarna istället bli skyldiga att deltaga i täckning av skulderna med nya tillskott. Delägare kan således lägga händerna endast på en nettoandel och hans borgenärer kan icke göra anspråk på bättre rätt än gäldenären. Endast ifråga om rätten till omedelbar utbrytning är de bättre ställda än denne.[68]

c) Fransk rätt

I fransk rätt motsvaras det enkla bolaget närmast av konstruktionen »société civile». Trots att vissa bestämmelser i Code civil synes förutsätta att denna bolagsform har rättskapacitet var 1800-talsdoktrinen tveksam. Först genom ett rättsfall 1891 slogs det slutgiltigt fast att bolagsformen har rättskapacitet. Detta innebär att en delägare och hans borgenärer vid upplösning av gemenskapen endast har rätt till en nettoandel.

66 Staudinger, Vorbem § 705 ff s 2070.
67 § 723 BGB.
68 Se framför allt §§ 717 f, 732–735 och 738 BGB. Jfr Larenz II § 60.

Förtida upplösning av bolaget kan åstadkommas i vart fall av delägares konkursborgenärer.[69]

d) Dansk och norsk rätt

I dansk rätt motsvaras det enkla bolaget närmast av ett »selskab» eller »interessentskab» med rättskapacitet och personligt ansvar för delägarna. Man synes anse att delägarna har varierande nettoandelar i selskabsförmögenheten och att endast dessa nettoandelar kan tagas i anspråk för betalning av skulder till enskilda borgenärer. Det förekommer i selskabsavtal att man försöker förvägra delägarnas borgenärer rätt till omedelbar utbrytning av gäldbunden delägares andel, men det anses ovisst om sådana bestämmelser är bindande för borgenärerna. I litteraturen har ifrågasatts att frångå dessa avtal åtminstone då delägaren gjort sig insolvent genom att tillskjuta medel till selskabet.[70]

I norsk rätt motsvaras det enkla bolaget av ett »ansvarlig selskap», som icke är registreringspliktigt om det icke bedriver näring. Selskapet anses dock vara juridisk person i den meningen att selskapsborgenärerna åtnjuter företräde i selskapsförmögenheten framför delägarnas enskilda borgenärer. Delägarna är vidare personligt och solidariskt ansvariga för bolagets skulder. Enligt fast praxis har delägarnas enskilda borgenärer endast anspråk på en efter omständigheterna varierande nettoandel i selskapets förmögenhet. Att överlåtelse av andel kräver övriga delägares samtycke anses inte hindra utmätning därav, men i varje fall Augdahl vill icke ge borgenärerna större rätt än den gäldbundne bolagsmannen till utbrytning av andelen, såvida icke en i selskapsavtalet intagen uppsägningsbegränsning kan karaktäriseras som sviklig i förhållande till borgenärerna.[71]

e) Svensk rätt

Enligt 46 § bolagslagen kan det enkla bolaget – i motsats till handelsbolaget, se 2 § – icke förvärva rättigheter eller ikläda sig skyldigheter. Bolaget är alltså icke en juridisk person. I motiven till bolagslagen (bolagskommitténs betänkande 1890) förklarades i anslutning till detta att bolaget helt saknar betydelse för tredje man och endast grundar ett obligatoriskt förhållande mellan bolagsmännen:

[69] Bolaget följer reglerna i art 1832–1857 Code civil med undantag för art 1836–1840. Se Mazeaud I:2 nr 612 samt Dalloz, Rép de droit civil, Société civile nrs 37 ff och 205 ff.
[70] Se t ex Dyrbye s 6, 11 och 111 f.
[71] Augdahl, Kompaniskap s 1, 66 f, 75, 140 och 160. Äldre teori redovisas på s 70 not 3.

»Det enkla bolaget är enligt föreliggande förslag allenast ett obligatoriskt rättsförhållande mellan bolagsmännen. Någon enhet utåt, något rättssubjekt bildar det ej . . . Då det enkla bolaget . . . ej är något rättssubjekt, måste de rättigheter och skyldigheter, som genom aftal med tredje man uppkomma, blifva bolagsmännens, ej bolagets. För tredje man är bolagsaftalet i och för sig ej af någon betydelse.»[72]

Hur starkt bolagskommittén var påverkad av tankarna i 1888 års BGB-förslag framgår av en jämförelse mellan nyssnämnda uttalande i de svenska lagmotiven och följande uttalande i BGB-förslagets motiv:

»Der/Gesellschafts/Vertrag bezweckt und erzeugt nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis unter den Kontrahenten . . . Im Verkehre mit Dritten kommt dem Gesellschaftsverhältnisse an sich keine Bedeutung zu . . . Es besteht kein geschlossenes Gesellschaftsvermögen.»[73]

Bolagskommittén synes alltså ha utgått från att det enkla bolaget antingen skulle vara en juridisk person eller också helt sakna betydelse för tredje man. Att det ej borde vara en juridisk person motiverade man med att det ej kunde ifrågakomma att påtvinga de enkla bolagen, särskilt icke de mera tillfälliga, de strängare bestämmelser (framför allt ifråga om bolagsmännens ansvarighet för bolagets skulder) som måste bli en följd av bolagets rättskapacitet. Samtidigt hänvisade man till möjligheten att genom anmälan till handelsregistret till handelsbolag med rättskapacitet förvandla sådana enkla bolag där behovet att ge bolaget en självständig, från bolagsmännens enskilda förhållanden avskild ställning gjorde sig gällande. Någon närmare utredning av vad den obligatoriska karaktären skulle innebära i praktiken gjordes icke.[74]

Praktisk betydelse synes det enkla bolagets obligatoriska karaktär ha främst i två avseenden, nämligen dels när det gäller möjligheten att påkalla utbrytning av bolagsmans andel i bolagstillgångar, dvs sådan egendom som bolagsmännen tillskjutit eller som förvärvats i bolagets verksamhet, dels när det gäller beräkningen av storleken på en sådan andel. I båda dessa hänseenden får av allt att döma tredje man – bolagsmannens borgenärer och singularsuccessorer – vid ett strikt genomförande av det enkla bolagets obligatoriska karaktär bättre rätt än bolagsmannen personligen.

En bolagsman äger visserligen, även om bolaget slutits för bestämd tid, påkalla att bolaget genast träder i likvidation »om skäl därtill är». I princip är han emellertid skyldig att låta sin andel i bolagstillgångarna utnyttjas i bolagets verksamhet under överenskommen tid. Är bolaget slutet för obestämd tid är han skyldig att iakttaga uppsägningstid.[75] Ett strikt iakttagande av bolagets obligatoriska karaktär innebär här att såväl bolagsmannens andel i bolaget som

[72] Bolagskommittén s 77 och 82, NJA II 1895 nr 3 s 49 och 50 f.
[73] Motiven II s 591.
[74] NJA II 1895 nr 3 s 4 f.
[75] §§ 25, 27 och 52 bolagslagen.

helhet som hans andel i särskild bolagstillgång kan överlåtas och utmätas med den verkan att förvärvaren respektive borgenären får rätt till omedelbar utbrytning av andelen. – I händelse av bolagsmans konkurs skall bolaget enligt särskilt stadgande i bolagslagen omedelbart träda i likvidation.[76]

Vid utbrytning av bolagsmans andel i bolagstillgångarna medför det enkla bolagets obligatoriska karaktär en bruttoberäkning, dvs att andelen i tillgångarna beräknas utan hänsyn till att bolagsmannen gentemot övriga bolagsmän kan vara skyldig att deltaga i täckningen av bolagsskulder.

I doktrinen har man haft svårt att fullt ut acceptera dessa konsekvenser av det enkla bolagets obligatoriska karaktär. Karlgren[77] har visserligen godtagit tanken att bolagsmannens andel när som helst kan utbrytas vid utmätning och frivillig överlåtelse, såväl när det gäller andel i enskilda föremål som när det gäller andel i bolagsförmögenheten som helhet. Beträffande sådana fall där bolagstillgångarna ägs av bolagsmännen under samäganderätt har Karlgren emellertid uttalat sig för ett försiktigt hänsynstagande till förekomsten av bolagsskulder vid beräkningen av storleken på bolagsmans andel. – Nial har för fall av förmögenhetsgemenskap, varmed avses fall där bolagstillgångarna genom bolagets verksamhet och bolagsmännens tillskott och uttag förändrats så att bolagsmännens rätt är att »uppfatta som en andelsrätt i den varierande förmögenhetsmassan som en totalitet» och icke som individuell äganderätt eller samäganderätt till fixerade andelar,[78] ställt sig mycket friare från lagens utgångspunkt och motiv. Samtidigt som Nial accepterar bolagsavtalets obligatoriska karaktär ifråga om individuellt ägd och andel i samägd egendom,[79] kritiserar han ifråga om egendom under förmögenhetsgemenskap bolagskommitténs uppfattning att bolagsförhållandet saknar betydelse för tredje man:

»Någon undersökning av de reala skälen för denna ståndpunkt eller något klarläggande av dess konsekvenser förekommer . . . icke i kommitténs motiv. Ehuru detta gamla motivuttalande åberopats i senare doktrin och helt okritiskt återupprepats i förarbetena till 1925 års ändringar i BL (bolagslagen) kan man icke gärna nu anses vara bunden därav. Av lagen själv kan knappast sägas framgå mer än att det enkla bolaget icke är särskilt rättssubjekt. Om och i vad mån bolagsavtalet eljest kan ha verkan mot tredje man står i själva verket öppet, och frågan därom är icke heller besvarad i rättspraxis . . . Uppgiften för doktrin och praxis är nu att utveckla praktiskt tillfredsställande regler rörande rättsverkningar mot tredje man av den egendomsgemenskap, som delägarna emellan kan föreligga i enkelt bolag. I den mån uttryckliga lagbestämmelser icke lägga hinder i vägen kan man härvid framgå obunden av de nu föråldrade uppfattningar som uttrycktes av bolagskommittén. Såtillvida synes man dock böra fästa avseende vid dessa vid lagens tillkomst härskande uppfattningar, att man tillerkänner det enkla bolaget rättsverkan i förhållande till tredje man allenast om och i den mån övervägande skäl tala därför.»[80]

76 §§ 29 och 52 bolagslagen.
77 Karlgren, Juridiska personer s 206 ff, jfr densamme i SvJT 1956 s 617.
78 Nial, Handelsbolag s 377 ff.
79 Nial, Handelsbolag s 387 f.
80 Nial, Handelsbolag s 388 f.

I anslutning härtill förespråkar Nial regler innebärande att bolagsman överhuvudtaget ej skulle kunna överlåta andel i särskild i gemenskapen ingående bolagstillgång och att sådan andel ej heller skulle kunna utmätas för hans gäld. Endast andelen i gemenskapen som helhet skulle kunna överlåtas och utmätas, men någon rätt till omedelbar utbrytning skulle icke följa ens i dessa fall. Nial förespråkar även visst hänsynstagande till bolagsgäld vid beräkningen av den andel som tillkommer bolagsmans konkursbo.[81]

Nial har emellertid här fått kritik av Karlgren, som angripit både uppställandet av en sakrättsligt verkande, med individuell äganderätt och samäganderätt till fixa andelar sidoordnad förmögenhetsgemenskap, och Nials långtgående avsteg ifråga om sådan förmögenhetsgemenskap från vad som måste anses följa av det enkla bolagets obligatoriska karaktär.[82]

I ett färskt rättsfall – NJA 1974 s 176 - har också det enkla bolagets obligatoriska karaktär bekräftats. Fråga var där om utmätning hos en delägare i ett fiskelag av hans andel i en fordran, som uppkommit vid försäljning av fiskelagets fångst. HD ansåg att hinder mot utmätning av denna särskilda bolagstillgång – vartill bolagsmännen synes ha haft samäganderätt – ej förelåg, samt att grund saknades för att vid utmätningen göra avdrag för gäld som kunde åvila delägaren »på grund av hans deltagande i fiskelaget eller eljest».

f) Sammanfattning

Uppfattningen av det enkla bolaget i svensk rätt som ett obligatoriskt rättsförhållande mellan bolagsmännen härstammar från ett tyskt lagförslag som sedan övergavs i sitt hemland. I fransk, dansk och norsk rätt motsvaras det enkla bolaget av ett bolag med rättspersonlighet. Även den tyska konstruktionen har likheter med en juridisk person.

Den svenska uppfattningen, att det enkla bolagsförhållandet är obligatoriskt, leder in på särpräglade problem. Tydligt är att den svenska konstruktionen, samtidigt som den skyddar bolagsmännen från personligt betalningsansvar för bolagets skulder,[82a] har vissa nackdelar för dem, framför allt beräkningen i vissa fall av bolagsmans andel brutto utan hänsynstagande till hans ansvar för bolagets skulder gentemot övriga bolagsmän. – I doktrinen har man i varierande omfattning sökt att begränsa konsekvenserna av det enkla bolagets obligatoriska karaktär, både när det gäller möjligheten till förtida utbrytning av bolagsmannens andel till förmån för utmätningsborgenär eller singularsuccessor och när det gäller beräkningen av storleken av bolagsmannens andel. I praxis har man emellertid upprätthållit både möjligheten till utmätning och omedelbar utbrytning av bolagsmans andel i särskild bolagstillgång och bruttoberäkningen av

[81] Nial, Handelsbolag s 389 ff.
[82] Karlgren i SvJT 1956 s 617 ff.
[82a] Jfr dock § 51 bolagslagen.

bolagsmannens andel utan hänsyn till förekomsten av bolagsskulder. – Motsvarighet till dessa regler i utländsk rätt synes finnas endast såvitt gäller möjligheten till omedelbar utbrytning i samband med utmätning av bolagsmans andel i bolagstillgångarna som helhet. En sådan regel gäller i tysk rätt och har diskuterats också i dansk och norsk doktrin.

Den i vissa andra sammanhang tydliga funktionen hos indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter att skydda mot varaktiga bindningar av egendomens användning framträder icke vid de enkla bolagen. Behovet av förtida upplösning i vissa fall tillgodoses här genom en begränsning i partsbundenheten. Både i tysk och svensk rätt finns regler om uppsägning när skäl är därtill (»aus wichtigem Grund»).

7. Röstbindningsavtal

a) Inledning

Ett röstbindningsavtal är ett avtal varigenom en aktieägare förbinder sig att på bolagsstämma rösta för aktien på visst sätt. Sådana avtal är vanligt förekommande. Syftet kan vara t ex att garantera att viss person blir invald i styrelsen eller att en viss personkrets på annat sätt behåller kontrollen över bolaget. – I många fall ger ett röstbindningsavtal upphov till ett enkelt bolag mellan parterna.

I litteraturen rörande röstbindningsavtal, som är riklig särskilt i Tyskland, uppmärksammas dels frågor som har samband med röstbindningsavtalens giltighet, dels frågan vilka rättsverkningar som skall tillerkännas röstbindningsavtalen.

b) Tysk rätt

I tysk rätt har röstbindningsavtal, efter en viss tvekan i början av 1900-talet, tillerkänts giltighet i princip. Ogiltighet anses emellertid kunna drabba avtalet bl a av den anledningen att det innebär en alltför långtgående inskränkning i aktieägarens befogenheter. I praxis har dock även långvariga bindningar godkänts, om än under framhållande att bindningen, trots sin principiella giltighet, kan drabbas av ogiltighet i särskilda situationer.[83]

Man kunde kanske också tänka sig att en långvarig bindning skulle kunna strida mot det förbud att skilja rösträtten från aktien, som anses ligga i stadgandet att en aktie är »unteilbar». Någon diskussion av denna fråga har jag dock inte funnit.[84]

[83] Lübbert s 97 ff, 120 ff, 136 ff och 162 ff, särskilt s 165 med not 300. Se allmänt ang tysk rätt också Overrath.
[84] Se t ex Godin-Wilhelmi § 8 anm 7.

Påpekas bör också att röstbindningen i den mån den betraktas som enkelt bolag, kanske också annars, kan uppsägas »aus wichtigem Grund».[85]

Vad beträffar röstbindningsavtalens verkningar har dessa avtal från början betraktats som obligatoriska och därigenom framför allt frånkänts verkan mot bolaget i den meningen att röstning i strid mot bindningen icke erkänts som grund för klander av bolagsstämmans beslut.[86] Som ändamålsskäl åberopas här behovet av frihet i »Willensbildung der Hauptversamlung». Aktieägaren måste, menar man, vara fri att på bolagsstämman tillvarataga bolagets intressen. Enligt den traditionella uppfattningen har detta inneburit att avtalet blott sanktionerats med skadeståndsansvar. I modern praxis har emellertid bunden aktieägare faktiskt ålagts att rösta på visst sätt, således en form av naturaprestation.[87]

Röstbindningsavtalens obligatoriska karaktär har också, enligt allmänna regler om förvärv av äganderätt genom abstrakt sakrättsligt avtal och tradition, fått till följd att den som köper en bunden aktie icke ådrager sig skyldighet att respektera avtalet redan på grund av kännedom därom. Den nye ägaren blir bunden endast om han åtagit sig det eller om han handlat i skadeavsikt. Godtrosfrågan är dock inte särskilt uppmärksammad i detta sammanhang.[88]

c) Fransk rätt

I fransk rätt har föreställningen om aktierättens odelbarhet och aktieägarens skyldighet att på bolagsstämman tillvarataga bolagets intressen lett till en negativ inställning till alla slags bindningar av rösträtten. Såväl röstöverlåtelser som röstbindningar anses helt ogiltiga, när fråga icke är om bindningar för klart begränsade frågor, där aktieägaren haft möjlighet att själv sätta sig in i saken. Även beträffande sådana bindningar är dock rättsläget osäkert.[89] – Förslag har framförts om giltighet för röstbindningar under begränsad tid, högst sex månader.[90]

d) Dansk och norsk rätt

I dansk rätt har en äldre tyskinspirerad uppfattning av röstbindningsavtalen, enligt vilken dessa frånkänts verkan mot bolaget i en klanderprocess, fått konkurrens av uppfattningen (företrädd av bl a Gomard), att röstning i strid med avtalet kan medföra att bolagsstämmans beslut ogiltigförklaras. Gomard synes anse att det ej heller finns något hinder mot röstöverlåtelser eller röstbindnings-

[85] Gessler § 136 nr 57.
[86] Lübbert s 86 och 101 vid not 30 f.
[87] Rättsfall 1967, se t ex Gessler § 136 nr 56.
[88] Jfr Lübbert s 133 och 195 ff.
[89] Lübbert s 292 ff med sammanfattning på s 364 ff.
[90] Se Roos s 303 vid not 82 med hänvisning.

avtal utan tidsbegränsning. Endast vissa grupper av röstbindningsavtal utan särskild föreeskrift om uppsägning skulle kunna bringas att upphöra, nämligen sådana som förutsätter ett mera aktivt samarbete mellan parterna. I övrigt skulle man vara hänvisad till allmänna regler om jämkning av avtal på grund av ändrade förhållanden. – Ny ägare av bunden aktie är enligt Gomard skyldig att respektera avtalet om han ej kan åberopa god tro.[91]

I norsk rätt synes däremot en tyskinspirerad uppfattning av röstbindningsavtalen fortfarande råda. Så uttalar t ex Augdahl att röstbindningsavtal i motsats till röstöverlåtelser är giltiga mellan parterna men att de däremot icke kan åberopas som grund för klander av bolagsstämmans beslut, när röstning skett i strid mot avtalet, och ej heller är bindande för ny ägare till aktien, även om denne känt till avtalet. Sistnämnda regel motiverar Augdahl med att bundenhet för ny ägare skulle kunna – om röstbindningen antecknades på aktien – leda till »at selskapets autonomi bare blir spillfekteri».[92]

e) Svensk rätt

Också svensk rätt är i detta sammanhang tydligt påverkad av tysk rätt. Medan röstöverlåtelser (splittringsavtal) anses ogiltiga erkänner man giltigheten av röstbindningsavtal, samtidigt som dessa avtal förklaras gälla endast mellan parterna. Röstning i strid med ett röstbindningsavtal anses icke påverka giltigheten i bolagsstämmans beslut och ett röstbindningsavtal anses icke kunna göras gällande mot ny aktieägare efter överlåtelse av aktien, möjligen icke heller mot avtalspartens borgenärer.

Den härskande uppfattningen har kommit till uttryck i rättsfallet NJA 1972 s 29, där HD-majoriteten uttalade bl a följande:

»Uppfattad enligt sin lydelse är bestämmelsen i avtalens 4 § ogiltig enligt det s. k. splittringsförbudet i svensk aktiebolagsrätt. Aktieägare tillkommande rösträtt får sålunda icke överlåtas separat, och ej heller får aktieägares övriga befogenheter överlåtas, medan rösträtten förbehålles överlåtaren. Förbudet ifråga utesluter däremot icke att bestämmelsen mellan avtalsparterna inbördes är giltig med den mera begränsade innebörden att (X) förbehållits rätten att bestämma över hur rösträtten för aktierna skulle utövas och att (Y) fått en häremot svarande förpliktelse att åtlyda vad (X) sålunda bestämt.»[93]

Uttalandet belyser, förutom röstbindningsavtalens »obligatoriska» karaktär, möjligheten att tolka ett avtal, vars innehåll formellt är en röstöverlåtelse, som en tillåten röstbindning.

91 Gomard, Aktieselskabsret s 252 ff och densamme i Scandinavian Studies in law 1972 s 99 ff.
92 Augdahl, Aksjeselskapet s 315 f. Splittringsförbud finns stadgat i den norska aktiebolagslagen § 30 st 4. Jfr ang finsk rätt Olsson s 80, som dock uttalar sig endast om ny ägares förhållande till bolaget.
93 Citat från s 46.

Svårigheten att skilja mellan en ogiltig splittring och en tillåten röstbindning framträder också i det äldre rättsfallet NJA 1915 s 590. Omständigheterna var där följande:

A sålde aktier till B med förbehåll att A intill dess köpeskillingen betalats skulle äga utöva rösträtt för aktierna. B sålde aktierna vidare till vissa andra personer (C). Sedan C med hänvisning till A:s förbehåll vägrats rösträtt vid bolagsstämma klandrade de besluten vid stämman. Underrätten, hovrätten och nedre revisionen ville bifalla käromålet under hänvisning till att C vid sitt förvärv av aktierna saknat kännedom om röstförbehållet. HD kom till samma slut men under uttalande att överlåtelsen från A till B av ifrågavarande aktier, »vilka transporterade in blanco blivit till B överlämnade, måste anses hava inneburit, att denne blivit ägare av aktierna, samt vid sådant förhållande det av bolaget åberopade förbehåll . . . icke kunnat betaga C, sedan de i sin ordning fått . . . aktierna på sig överlåtna, den dem såsom aktieägare enligt lag tillkommande rätt att för sina aktier utöva rösträtt vid bolagsstämman».

Formellt innebar röstförbehållet väl närmast en splittring av äganderätten och rösträtten, om än en tillfällig sådan. Stöd för uppfattningen att röstförbehållet varit ogiltigt redan mellan parterna skulle man kanske också kunna finna i framhållandet av att B genom avtalet med A (och traditionen!) blivit »ägare» till aktierna. Av rättsfallsrubriken framgår emellertid att HD uppfattat det hela som en fråga om röstförbehållets verkan mot ny ägare, varför det, om man idag alls skall bry sig om rättsfallet, ligger nära till hands att uppfatta röstförbehållet som ett i och för sig giltigt röstbindningsavtal. I doktrinen har man också sett rättsfallet som ett stöd för uppfattningen att röstbindningsavtal saknar verkan mot ny ägare.[94]

Den centrala frågan i rättsfallet var uppenbarligen om det varit riktigt att på grund av röstförbehållet vägra C rösträtt vid bolagsstämman. Eftersom svaret blev nekande, får man antaga att bolagsstämmans beslut inte skulle ha kunnat klandras på den grund att C trots förbehållet deltagit i röstningen. Om rättsfallet skall innebära att röstförbehållet icke band C i samma utsträckning som B, måste detta betyda, att B icke skulle ha kunnat klandra bolagsstämmans beslut om det varit han som vägrats rösträtt vid stämman, medan stämmans beslut å andra sidan kunnat klandras om B trots förbehållet fått deltaga i röstningen. Rättsfallet synes således innebära att röstning i strid mot röstförbehållet skulle ha kunnat åberopas som grund för klander av bolagsstämmans beslut om det varit B som röstat men icke när det var C.

En helt annan fråga är naturligtvis om ny ägare i händelse av ond tro blir skadeståndsskyldig mot den enligt röstbindningsavtalet berättigade, om han icke respekterar bindningen. Något stöd för att ny ägare skulle undgå också skadeståndsskyldighet ger icke 1915 års rättsfall.

94 Nial, Aktiebolagsrättsliga studier s 11 not 6, Roos s 321 f, jfr s 252 f. Hessler betecknar 1915 års fall på tal om verkan mot ny ägare som »intressant», se s 462.

Med skepsis har man i doktrinen betraktat hovrättsfallet SvJT 1929 rf s 53. Där ogiltigförklarades efter klander ett bolagsstämmobeslut som genomdrivits av aktieägares konkursbo utan hänsyn till att aktieägaren förbundit sig att (så länge aktierna var pantsatta) icke utöva rösträtt för aktierna. Hovrätten menade således icke blott att röstning i strid mot röstbindningen utgjorde grund för klander av bolagsstämmans beslut utan också att den bundne aktieägarens konkursborgenärer måste respektera bindningen.[95]

Varför skulle ny aktieägare då icke behöva respektera en röstbindning? Roos har försökt att besvara denna fråga med hänvisning till att ett godtroskrav skulle leda till tvister mellan den berättigade enligt röstbindningsavtalet och nye ägaren. Roos uttalar vidare följande:

»En motsatt regel kunde tänkas försvåra omsättningen av aktier. Det kan kanske tyckas förvånande att t. o. m. en ondtroende aktieägare undgår att bli bunden. En sådan regel är emellertid väl motiverad. Om ondtroende förvärvare automatiskt skulle vara underkastade avtalet kunde den legala regleringen ju enkelt sättas ur spel genom att aktierna försågs med påskrift om ifrågavarande avtal.»[96]

I Roos' uppfattning synes Hessler instämma. I Hesslers framställning omfattas röstbindningsavtalens overksamhet mot ny ägare av följande uttalande:

»Det skulle uppenbarligen vara till allvarligt hinder för omsättningen, om en förvärvare skulle behöva vara underkastad sådana åtaganden av ytterst skiftande slag som här kan komma ifråga. Detta gäller inte bara om han endast har anledning till misstanke om dem utan även om han känner till dem. Bundenhet bör föreligga endast om vid överlåtelsen gjorts uttryckligt förbehåll om betingelsens iakttagande.»[97]

Särskilt i Roos' argumentering känner man igen de synpunkter som i tysk och fransk rätt åberopas för abstraktionsregler. Abstraktionsprincipen har varit föremål för bedömning i det föregående,[98] varvid jag funnit att risken för tvister och osäkerhet i omsättningen icke ger anledning till ett frångående av det godtroskrav som är naturligt när syftet med exstinktionsregeln är att skydda förvärvare mot dold konkurrens. Någon abstraktion förekommer ej heller allmänt i svensk rätt. Man kan fråga sig varför då en särskild regel skall gälla ifråga om röstbindningsavtal. Icke kan det vara på grund av möjligheten att anteckna en röstbindning på aktien. En anteckning på aktien behöver icke i sig utesluta att ny ägare anses vara i god tro rörande det förhållande varom anteckning skett. Aktier överlåts ofta i stora poster och genom förmedling av kommissionärer. Det är uteslutet att av en köpare eller hans kommissionär kräva

95 Nial, Aktiebolagsrättsliga studier s 10 f, Hessler s 461 med hänvisningar.
96 Roos s 322, jfr s 195.
97 Hessler s 462.
98 Se ovan kapitel 6.9.

en undersökning före köpet av varje enskild aktie i syfte att uppdaga eventuella anteckningar om röstbindningar. Enligt min mening har vi här, liksom i flera andra speciella sammanhang, bl a vid principen »köp bryter lega», att göra med ett omotiverat beroende av närmast tysk rätt.

Frågan om en röstbindning kan göras gällande mot aktieägarens borgenärer var aktuell i det ovan berörda hovrättsfallet från 1929, där hovrätten ansåg att röstning i strid mot bindningen föranledde ogiltighet i bolagsstämmans beslut. Häri låg ett accepterande av tanken att aktieägarens konkursbo var lika bundet som aktieägaren själv. Rättsfallet har dock kritiserats även på denna punkt. Så ifrågasätter exempelvis Hessler om rättsfallet här bör betraktas som vägledande.[99]

Roos menar att man när det gäller förhållandet till aktieägarens borgenärer i konkurs får undersöka om bindningen hindrar borgenärerna att få ut aktievärdet. En dylik lösning, menar Roos, torde kunna förlikas med utgången i 1929 års fall. Den av Roos rekommenderade regeln synes innebära att man garanterar borgenärerna ett värde som aktieägaren icke disponerat personligen.

I utmätningsfall anser Roos att röstbindningsklausulerna ej erbjuder några särskilda problem, då sådana klausuler aktualiseras först i förvärvarens hand. Samma grundsatser skulle då gälla som vid överlåtelse av avtalsbunden aktie till ny ägare. Detta förefaller dock ej riktigt, ty problemet är ju om aktien i anledning av utmätningen skall kunna säljas utan förbehåll om röstbindningens bestånd.[100]

För egen del tror jag att den skepsis man visat ifråga om röstbindningsavtalens verkan mot aktieägarens borgenärer delvis är en följd av att dessa avtal i tysk rätt klassificeras som obligatoriska. Det verkliga problemet synes vara om det finns risk för skentransaktioner o d. Om en aktieägare kan bedraga sina borgenärer genom att binda sin rösträtt bör en sådan bindning icke utan vidare kunna åberopas mot hans borgenärer. I övrigt kan jag icke se att det finns något skäl mot borgenärsskydd.

f) Sammanfattning

Tydligt är att den tyska rättens klassificering av röstbindningsavtal som obligatoriska haft flera funktioner att fylla. Vid sidan av funktionen att – i förening med abstraktionsprincipen – skydda ny aktieägare mot dold konkurrens och avtalspartens borgenärer mot bedrägeriförsök har begreppet obligatorisk rätt här fått uttrycka röstbindningens overksamhet som grund för klander av bolagsstämmans beslut. I detta läge har risken för varaktiga bindningar icke blivit alltför besvärande. I den mån man känt behov av förtida upplösning har dock ogiltighetsregler för speciella fall och regeln om möjlighet till uppsägning »aus

99 Hessler s 461 med hänvisningar.
100 Se till det sagda Roos s 330 f.

wichtigem Grund» funnits att tillgå. I fransk rätt har ogiltighetsreglerna kommit att dominera.

Svensk rätt uppvisar, liksom åtminstone äldre dansk samt norsk rätt, starkt beroende av den tyska lösningen. Härigenom har bl a abstraktionsprincipen på detta speciella område vunnit inträde i svensk rätt.

8. Diverse obligatoriska rättigheter

a) Inledning

Under denna rubrik har jag sammanfört ett antal fall där man i svensk doktrin talat om obligatoriska rättigheter men jag inte ansett det nödvändigt med en lika bred översikt över utländsk rätt som i det föregående. Delvis beröres här endast svensk rätt, delvis också dansk och norsk.

b) Mindre ingripande ändamålsbestämmelser

Rörande ändamålsbestämmelser vid benefika överlåtelser uttalar Hessler att reglerna om testamentarisk nyttjanderätt sannolikt är att tillämpa analogt, åtminstone om ändamålsbestämmelsen framstår som en mycket dominerande belastning av egendomen i dess helhet. Detta skulle innebära att egendomen inte får överlåtas eller utmätas. Om ändamålsbestämmelsen däremot framstår som en mindre betydande modifikation av ägarens förvärv ligger det kanske, menar Hessler, närmast till hands att uppfatta ändamålsbestämmelsen som en »rent obligationsrättslig» förpliktelse, dvs en sådan som binder honom personligen men inte har genomslagskraft mot tredje man.[101]

I en not hänvisar Hessler för jämförelse till ett ställe i Karlgrens arbete Ändamålsbestämmelse och stiftelse. Där skiljer Karlgren just mellan mera och mindre ingripande ändamålsbestämmelser. Karlgren skriver:

»Åtminstone för den händelse ändamålsbestämmelsen blott framträder som 'modaliserande' själva huvudförvärvet, ligger det nära till hands att tänka sig arvingens eller testamentstagarens förpliktelse att prestera enligt densamma böra uppfattas som en vanlig gäldsförpliktelse, av blott obligatorisk valör. Något verkligt redovisningsansvar borde icke anses åvila honom.»[102]

De fall som avses säges vara bl a de där ändamålsbestämmelsen hänför sig till viss ränta eller avkastning av den arvingen eller testamentstagaren personligen tillfallande egendomen. Karlgrens problem är tydligen huruvida man i ett sådant mindre ingripande förordnande skall intolka ett redovisningsansvar eller om

[101] Hessler s 458. Även hos Hessler står beteckningen »rent obligationsrättslig» inom citationstecken.
[102] Karlgren, Ändamålsbestämmelse och stiftelse s 101.

förpliktelsen skall anses obligatorisk, vilket då innebär att den är en vanlig gäldsförpliktelse.

När Hessler talar om mindre ingripande ändamålsbestämmelser som »rent obligationsrättsliga» kan det knappast vara fråga om samma funktion hos termen obligationsrättslig som hos Karlgren. Hesslers distinktion mellan mera och mindre ingripande ändamålsbestämmelser har tydligen ett nära samband med reglerna om nyttjanderätt till viss bestämd sak. Bakom Karlgrens uttalande ligger däremot medvetandet om att å ena sidan betalningsanspråk och å andra sidan anspråk på individuellt bestämd egendom - och därmed jämställda redovisningsanspråk – behandlas olika i gäldenärens konkurs.

c) Negativa servitut till lösöre

Under beteckningen »negativa servitut» behandlas i dansk och norsk doktrin bl a företeelser som i böcker tryckta förbud mot uthyrning av enskilda bokexemplar, på grammofonskivor tryckta förbud mot offentligt framförande och förbud mot underskridande av visst pris vid försäljning av vara i senare försäljningsled. Beteckningen »negativa servitut» anger att det här är fråga om varaktiga, på avtal grundade begränsningar i ägarens befogenheter.

I dansk rättspraxis (1930) har man tillerkänt i böcker tryckta förbud mot uthyrning verkan i förhållande till köpare av boken. Tidigare tillerkändes också prisföreskrifter verkan i senare försäljningsled, ja brott mot sådana föreskrifter var under ett skede till och med straffbara. Sedan 1930-talet betraktas dock prisföreskrifter i praxis icke som bindande för ägarens borgenärer eller ny ägare, om denne icke särskilt åtagit sig att respektera föreskriften.[103] – Illum betecknar dock de resultat som man här kommit till som »fremmede for de almindelige tingsretlige Grundsaetninger og praeget af Tilknytningen til Konkurrenceretten og Forfatterretten».[104]

I norsk praxis (1940 och 1955) finns exempel på att förbud mot offentligt framförande, tryckt på grammofonskiva, ansetts bindande för den som köpt grammofonskivan hos en återförsäljare. Olika uppfattningar förekommer dock ifråga om skyldigheten för borgenärer att respektera dylika förbehåll. Braekhus-Haerem menar att någon sådan skyldighet icke föreligger ens om inskränkningen skett i form av förbehåll vid överlåtelse.[105]

Svensk rättspraxis kan visa upp både ett bokfall och ett grammofonskivefall (NJA 1939 s 592 och 1949 s 645). I båda fallen vägrade HD att ge förbuden verkan mot ny ägare, då ett respekterande av förbuden icke gjorts till förutsättning för köpen. I ett särskilt yttrande till domen i 1949 års

[103] Kruse II s 1257 ff. Ang 1930 års danska rättsfall om tryckt förbud mot uthyrning av bok, se SvJT 1930 s 298 f.
[104] Illum s 456.
[105] Braekhus-Haerem s 272. Jfr Augdahl s 430. Ang prisföreskrifter i fransk rätt se t ex Vidal s 315 f.

grammofonskivefall framhöll Karlgren att den rätt som tillverkarna av grammofonskivorna på grund av det tryckta förbehållet kunde ha mot återförsäljare endast vore av »obligatorisk beskaffenhet, alltså icke utan vidare bindande mot tredjemannen-förvärvaren» samt att frågan följaktligen vore »huruvida enligt allmänna rättsgrundsatser bedömandet bör bliva ett annat därför att (förvärvaren) gjort sitt förvärv med vetskap om denna på återförsäljarna vilande obligationsrättsliga belastning».[106] Härefter diskuterade Karlgren vilka principiella slutsatser som borde dragas av att pantförskrivning av lös egendom enligt rättspraxis måste respekteras av ny ägare. Karlgren ställde sig tveksam till en analogisk tillämpning av denna princip i fall »då en ägare obligationsrättsligt underkastats en del inskränkningar i den allmänna rådigheten över vederbörande rättsobjekt, t ex att icke avhända sig detsamma eller att göra en avhändelse blott under förutsättning att visst pris ernås eller i övrigt under speciella betingelser».[107] Synnerlig försiktighet rekommenderade Karlgren när det gäller att utsträcka den i panträttsfallen uttryckta grundsatsen »till ett område där man tangerar auktorsrätten eller vad därmed kan jämställas.»[108] Två skäl härtill framfördes. Dels skulle det, när den obligationsrättsliga belastningen hänför sig till en mängd objekt vara ett otal tredje mäns onda eller goda tro som bleve avgörande. Dels skulle det på denna väg kunna skapas auktorsrättsligt skydd (dvs upphovsrättsligt skydd) i åtskilliga fall där lagstiftaren icke varit beredd att bevilja dylikt.

Av allt att döma var risken för upphovsrättsligt färgade, varaktiga begränsningar i exemplarägarens förfoganderätt här den bärande synpunkten. Underkänner man de ifrågavarande förbudens verkan på denna grund blir det aldrig aktuellt att bedöma förbudens verkan mot tredje man. För övrigt är det svårt att tro att en möjlighet till godtrosförvärv vid en sådan prövning av förbudens verkan mot ny ägare icke skulle ge omsättningen erforderlig trygghet. Det är alls icke nödvändigt att anse en ny ägare vara i ond tro bara därför att ett förbud av det ena eller det andra slaget är tryckt på föremålet (jfr ovan beträffande röstbindningsavtalen samt domen i 1940 års norska rättsfall, där skadestånd utdömdes endast från stämningen med den motiveringen att det var först därigenom som svaranden fått klart för sig att förbudet var allvarligt menat).[109]

Hessler ser i de behandlade rättsfallen ett uttryck för principen att rättigheter av ytterst skiftande slag på grund av risken för hinder i omsättningen inte gäller mot ny ägare ens om han är i ond tro.[110]

106 Referatet s 650.
107 Ibid.
108 Ref s 651.
109 Jfr ovan kapitel 6.9 och ovan vid not 98 samt Augdahl s 430.
110 Hessler s 462. Frågan om bokutlåning är numera reglerad i §§ 2 och 23 upphovsrättslagen 1960. Delvis gäller detsamma enligt § 47 samma lag offentligt framförande av grammofonskiva och framförande av annat fonogram genom radioutsändning. Se Hillert i Festskrift till Ekelöf s 368 och 373 f samt Hessler s 459 not 40.

Vad sedan beträffar föreskrifter om pris i senare försäljningsled får föreskrifter om visst *minsta* pris numera enligt svensk rätt icke givas utan särskilt tillstånd. Allmänt sett förhindrar sådana prisföreskrifter, som är de mest praktiska, en sund konkurrens. Mot dem kan också åberopas att det finns tillfällen då en realisation kan vara motiverad från företagsekonomisk synpunkt och att det är olämpligt att en detaljhandlare, som sannolikt saknar möjlighet att undvika prisföreskrifter med ursprung i produktionsledet, skall vara förhindrad att företaga sådan realisation. Detsamma gäller naturligtvis i än högre grad hans borgenärer.[111]

d) Villkor vid gåva av fast egendom

Ett slags obligatorisk rätt synes förekomma i 4:30 1 st. JB, som handlar om villkor vid gåva av fast egendom:

»Är gåvas fullbordan eller bestånd beroende av villkor under viss tid utöver två år från den dag då gåvohandlingen upprättades eller under obestämd tid, gäller villkoret icke mot den till vilken gåvotagaren överlåtit fastigheten, såvida icke talan om återgång av gåvan blivit väckt före överlåtelsen. Kan till följd av att villkoret sålunda icke blir gällande givaren ej återfå gåvan, har gåvotagaren att till givaren utge gåvans värde.»

Inspiration till denna lagregel har hämtats från två olika håll. Den ena källan är 1857 års förordning om återkrav av gåva av fast egendom när gåvotagaren gjorde givaren märklig orätt eller skada. Den andra källan är reglerna i 1947 års förslag till JB om villkor vid försäljning av fast egendom.

När lagberedningen 1908 skulle behandla villkor vid gåva av fast egendom var bakgrunden den att HD i ett rättsfall 1903 ansett förbudet mot resolutiva villkor vid överlåtelse av fast egendom – i 1:2 JB enligt en förordning 1810 – ej vara tillämpligt på villkor vid gåva.[111a] Lagberedningen uttalade emellertid sympati för den tanke som legat till grund för 1810 års förordning, dvs en strävan att »förhindra det fast egendom belägges med band, som kunna verka hämmande på utvecklingen och tryckande på omsättningen». Denna strävan borde enligt lagberedningen gälla också gåvovillkor, även om en givare borde lämnas större utrymme att stadga inskränkningar i förvärvarens rätt än som skäligen kunde tillerkännas en säljare. Det bästa sättet att begränsa rättsverkningarna av ett gåvovillkor var enligt lagberedningens uppfattning att anknyta till 1857 års förordning om återkrav av gåva av fast egendom när gåvotagaren gjort givaren märklig orätt eller skada. Enligt 1857 års förordning kunde fastigheten ej återkrävas från ny ägare utan fick givaren, om gåvotagaren avhänt sig fastigheten, nöja sig med ett skadeståndskrav mot gåvotagaren. Denne skulle gälda

111 Jfr Hessler s 459 f.
111a NJA 1903 s 270.

fastighetens värde. Sålunda stadgades i 1908 års förslag, att, om gåva återkallades därför att gåvotagaren gjort givaren märklig orätt eller skada eller därför att gåvovillkor ej uppfyllts, och fastigheten överlåtits till ny ägare, givaren ej skulle äga talan mot nye ägaren utan blott ha rätt att utfå gåvans värde av gåvotagaren.[112]

I 1947 års förslag till JB övergav man den gamla indelningen av villkor vid överlåtelse av fast egendom i resolutiva och suspensiva. Istället för ett förbud mot resolutiva villkor och ett erkännande av suspensiva föreslog man nu en tidsgräns på två år för villkor vid köp av fast egendom. Denna tidsgräns inarbetades också i reglerna om villkor vid gåva av fast egendom utan att hänsyn togs till den tidigare uttalade uppfattningen att en givare borde ges större möjligheter att stadga inskränkningar i förvärvarens rätt än en säljare.[113]

På så sätt uppkom alltså den sedan i JB upptagna regeln. Syftet med regeln har uppenbarligen i första hand varit att undvika varaktiga begränsningar i gåvotagarens förfoganderätt över fastigheten. Den teknik som valts är en begränsning i rättsskyddet mot tredje man, eller kanske mera exakt, ny ägare.

e) Ägarförbehåll till beståndsdelar

Tidigare ansågs enligt svensk rätt ägarförbehåll till egendom som infogades i fast egendom grunda en obligatorisk rätt, en rätt som ej kunde göras gällande mot fastighetsägarens (köparens) borgenärer och ny ägare till fastigheten. En framträdande synpunkt var därvid att ett återtagande av egendomen skulle leda till värdeförstöring. En annan synpunkt var att inteckningshavare måste kunna bedöma värdet av fastigheten som kreditunderlag.[114] Med JB infördes regeln att dessa förbehåll icke heller gäller mellan parterna utan är helt ogiltiga.[115] Kvar står dock frågan hur förbehåll till egendom som infogas i annan *lös* egendom skall behandlas. Är de »obligatoriska»?

Frågan var aktuell i rättsfallet NJA 1960 s 9, där omständigheterna var följande:

B hade av C köpt en bil på avbetalning med ägarförbehåll. Till denna bil köpte B därefter av A nya däck. Också köpet av däcken skedde på avbetalning med ägarförbehåll. Sedan däcken monterats på bilen återtogs denna av C, som därvid ägde kännedom om att A hade ägarförbehåll till däcken. A krävde ersättning av C för däckens värde. Underdomstolarna förpliktade C att betala ersättning

112 2:11 JB och lagberedningen II 1908 s 210 f.
113 4:4 och 4:30 JB samt motiven i SOU 1947:38 s 168 ff och 240 ff. Jfr SOU 1960:25 s 100 och prop 1970:20 B s 154 och 232.
114 Undén I s 103 f samt hänvisningar i not 90. Jfr Nial i TfR 1944 s 157. Nial anför där i en diskussion om obligatoriska rättigheters tredjemansskydd sådana ägarförbehåll som exempel på att även äganderättsanspråk kan utsläckas av tredje man, trots att denne ägt kännedom om anspråket.
115 2:5 1 st JB.

(HovR dock under dissens), men HD förklarade att ägarförbehållet till däcken under föreliggande omständigheter inte grundade någon mot »envar» gällande rätt. På grund härav och då C »ej heller på annan grund ådragit sig ersättningsskyldighet . . . genom att utan hänsyn till äganderättsförbehållet förfoga över däcken», ogillades kravet på ersättning (av majoriteten).

Rättsfallet har analyserats av Agell i SvJT 1965.[116] Agell menar att frågan huruvida den återtagande bilsäljaren på grund av sin kännedom om däckförbehållet skulle vara skyldig att respektera detta

». . . hör till en större problemkrets angående möjligheten av att ett blott obligationsrättsligt anspråk beträffande viss sak . . . skulle kunna göras gällande mot tredje man, som haft vetskap om anspråket.»[117]

Agell hänvisar till praxis rörande pantförskrivning av lös egendom, där pantförskrivningen utan hänsyn till besittningsförhållandena ansetts bindande för ny ägare i ond tro (NJA 1924 s 329, 1925 s 80 och 1940 s 297). Svensk rättspraxis säges emellertid näppeligen ha gått så långt att ett obligationsrättsligt anspråk, vilket som helst, som på något sätt angått rätten till viss sak, skulle kunna anses giltigt mot tredje man, vilken medvetet inkräktat på detsamma. Enligt Agell talar också 1960 års fall mot en så långtgående princip.

Såsom jag tidigare[118] utvecklat bör man i de angivna panträttsfallen se ett avståndstagande från tendenser till abstraktion och upptagande av ett absolut panträttsbegrepp i den svenska lösegendomsrätten. Man måste därför kunna analogisera från den i rättsfallen uttryckta rättsregeln, som endast innebär en tillämpning av prioritetsprincipen. Men det betyder naturligtvis inte att alla rättigheter som angår viss sak skall kunna göras gällande mot ondtroende ny ägare. Det kan ju finnas andra skäl att underkänna anspråket i konkurrens med ny ägare än den risk för osäkerhet i omsättningen på grund av dold konkurrens, som utgör grunden för uppställande av ett godtroskrav.

Ifråga om ägarförbehållen gör sig också helt andra synpunkter gällande än i panträttsfallen. Här liksom i fastighetsrätten är risken för värdeförstöring en dominerande synpunkt. Denna risk utvecklades närmare av Karlgren i ett särskilt yttrande till domen i 1960 års rättsfall. Karlgren menade här att det kan föreligga en risk för värdeförstöring icke blott om ett frånskiljande orsakar fysisk skada på »huvudsaken» utan även om denna blott förlorar sin användbarhet. Om huvudsaken därigenom också förlorar en betydande del av sitt försäljningsvärde skulle vid en exekutiv försäljning gäldenären »tillskyndas vida större skada än som representeras av att han går förlustig det med äganderättsförbehåll för säljaren förvärvade.» Huvudsaken skulle ej, trots kompletteringar, kunna »påräk-

[116] s 232 ff.
[117] s 235. Jfr Hessler i SOU 1965:14 (Godtrosförvärv av lösöre) s 35 med not 8.
[118] Ovan kapitel 6 efter not 90.

nas föranleda auktionsbud, som gåve rimligt utbyte.»[119] – Observeras bör dock att detta resonemang, som företer vissa likheter med Nials argumentering mot borgenärsskydd för nyttjanderätt till lös sak,[120] är helt inriktat på att underkänna anspråk på *återtagande*. Det är knappast något argument mot att beståndsdelens säljare vid en exekutiv försäljning får *ersättning* före utmätningsborgenären.

Karlgren åberopade också mot giltighet av ägarförbehållet till däcken bl a att en sådan giltighet skulle kunna föranleda »rättsliga komplikationer»,[121] varmed väl menades konflikter med godtroende ny ägare. Detta argument kan dock knappast anses bärande ifråga om *lös* egendom, där möjligheten till godtrosförvärv ger nye ägaren skydd. Kanske var dock Karlgren här inne på ett abstraktionsresonemang. Formuleringen »mot envar gällande rätt» hos såväl majoriteten som dissidenterna tyder onekligen på inflytande närmast från tysk rätt. Och vad menades med att bilsäljaren ej heller på annan grund ådragit sig ersättningsskyldighet? Om detta skall dölja en reservation för kollusionsfall förefaller misstanken om ett abstraktionsresonemang än mera välgrundad.

Noteras bör slutligen att en ogiltighetsregel här utgör ett alternativ till frånkännande av tredjemansskydd. Kanske skulle HD idag, sedan ägarförbehåll till beståndsdelar i fast egendom förklarats helt ogiltiga, välja ogiltighet även för ägarförbehåll till beståndsdelar som infogas i lös egendom.[122]

f) Preskriptibla anspråk

I preskriptionsförordningens 1 § stadgas att »fordran . . . i penningar, eller vad det är» preskriberas tio år efter fordringens uppkomst, om icke dessförinnan preskriptionsavbrott sker. Enligt traditionell uppfattning kan endast obligatoriska anspråk preskriberas, icke sakrätter.[123]

Vilka rättigheter betraktas då här som obligatoriska? Den största gruppen torde utan tvivel vara anspråk på generiskt bestämd egendom, främst betalningsanspråk, dvs med modern nordisk terminologi »fordringar». I praxis har emellertid också vissa anspråk på individuellt bestämd egendom ansetts preskriptibla, t ex rätt till undantagsförmån (NJA 1940 s 681) och röstbindningsavtal rörande aktier (obiter dictum i NJA 1972 s 29).

Såvitt jag förstår har begreppet obligatorisk rätt här helt enkelt den funktionen att det skall täcka alla rättigheter som, utifrån överväganden rörande preskriptionsreglernas syfte, bör vara preskriptibla. I SOU 1957:11 (Fordringspreskription m. m.) uttalas rörande preskriptionsreglernas syfte bl a följande:

119 Ref s 12.
120 Jfr ovan kapitel 7 vid not 264 f.
121 Ref s 12.
122 Jfr Agell s 237 f.
123 SOU 1957:11 s 32 ff.

»Preskriptionslagstiftningens väsentliga ändamål torde ... numera få anses vara att medverka till att fordringsförhållanden avvecklas inom rimlig tid. Kunna preskriptionsreglerna utformas på sådant sätt, att en borgenär tvingas att icke dröja alltför länge med att utkräva sin fordran eller att i vart fall tillse, att fordringens tillvaro och storlek blir konstaterad, vinnas åtskilliga fördelar till gagn för såväl borgenärerna som gäldenärerna. Sålunda främjas det ekonomiska livet, eftersom en osund kreditgivning motverkas. Säkerhet och klarhet skapas även i fordringsförhållandena. Vidare minska de svårigheter, som kunna föreligga för en borgenär att bevisa rättmätigheten av sitt anspråk och för gäldenären att bemöta anspråket på ett tillfredsställande sätt. Slutligen erhålla gäldenärerna trygghet, eftersom de efter preskriptionstidens utgång äro skyddade mot orättmätiga krav och icke heller riskera att bli överraskade med krav på gamla fordringar, som de glömt bort eller haft anledning räkna med icke skulle göras gällande mot dem.»[124]

Preskriptionsreglernas syfte är sålunda mångfaldigt. På grund härav kommer de preskriptibla anspråken att sakna enhetlighet. När man säger att endast obligatoriska anspråk preskriberas kommer därför begreppet obligatorisk rätt till och med i detta begränsade sammanhang att sakna enhetlighet.

Observeras bör att rättigheternas obligatoriska karaktär i detta sammanhang har betydelse för partsbundenheten i ett avtalsförhållande och icke innebär en begränsning av rättsskyddet mot tredje man.

g) Vissa anspråk på skadestånd, försäkringsersättning och expropriationsersättning

Särskilt i norsk rätt synes begreppet obligatorisk rätt ha kommit till användning för att begränsa skadeståndsskyldigheten i utomobligatoriska förhållanden. Som exempel kan särskilt nämnas rättsfallet Rt 1940.424, där en anställd taxichaufför vägrades skadestånd efter en trafikolycka med motiveringen att han blott stod i avtalsförhållande till bilens ägare och icke i sådant förhållande till bilen att han hade ett självständigt anspråk på skadestånd från ägarens försäkringsbolag. Taxichaufförens anspråk uppfattades icke som en »tinglig» rätt. Braekhus-Haerem menar dock att det här synes ha skett ett omslag och åberopar rättsfallet Rt 1955.872, där en mekanisk verkstad tillerkändes ersättning för skada i följd av strömavbrott, sedan en elektrisk ledning skadats av ett fartygsankare, trots att verkstadens rätt betecknades som obligatorisk.[125]

Besläktade härmed är fall då skador uppstår på försäkrat gods efter överlåtelse. I de danska och norska försäkringsavtalslagarna tillerkännes endast den som har en tinglig rätt till godset rätt till försäkringsersättning. Den svenska lagen ger här ersättning till den som har del i kapitalintresset. Begreppet tinglig

[124] SOU 1957:11 s 25. Jfr departementsstencil Ju 1975:11, Preskription, PM med förslag till preskriptionslag s 33 f.
[125] Braekhus-Haerem s 386 f. Jfr Augdahl s 408 f.

rätt synes alltså här närmare bestämt beteckna en del i kapitalintresset. Begreppet obligatorisk rätt betecknar då motsatsen.[126]

Besläktad härmed är också uppfattningen i svensk doktrin att endast sakrättsliga anspråk får ersättning vid expropriation.[127]

I här behandlade fall har man alltså använt distinktionen mellan sakrätter och obligatoriska rättigheter för att mer eller mindre välmotiverat begränsa ersättnings- eller skadeståndsskyldighet – i den mån man icke helt enkelt utan reflektion härlett reglerna ur begreppen.

9. Sammanfattning

Detta kapitel har inletts med några synpunkter på prioritetsprincipen, preferensprincipen och konkurrensprincipen. Jag har därvid kommit fram till att prioritetsprincipen och preferensprincipen, lika väl som reglerna om exstinktion till förmån för godtroende förvärvare i vissa fall, grundas på en strävan efter säkerhet i rättslivet, samt att principerna om prioritet och preferens från individualiseringen av den ifrågavarande egendomen har ett nära samband med gäldenärens skyldighet gentemot medkontrahenten att prestera in natura. Principen om proportionell utdelning för generiskt bestämda anspråk i gäldenärens konkurs är enligt min mening grundad därpå att denna ordning är den som ger gäldenären största möjligheten till fortsatt kredit och ny kredit i ett trängt läge, samtidigt som den icke ger utrymme för manipulationer till förmån för någon eller några borgenärer på de andras bekostnad.

I övrigt har genomgången av ett antal rättighetstyper, som i det ena eller andra sammanhanget betecknats som obligatoriska, givit till resultat, att indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter i åtskilliga fall fungerat som garant mot varaktiga begränsningar i ägarens befogenheter. Så är fallet exempelvis vid avtal om förköpsrätt eller återköpsrätt och vid förbud mot överlåtelse eller pantsättning. Samtidigt har emellertid den obligatoriska karaktären hos dessa rättigheter, liksom ifråga om återkrav vid ogiltighet, hävning och återvinning, skyddat ny ägare mot dold konkurrens och borgenärer mot bedrägerier. Även vid vissa s k negativa servitut till lösöre, som annars på ett olämpligt sätt skulle komplettera den upphovsrättsliga regleringen, och beträffande villkor vid gåva av fast egendom har frånkännandet av skydd mot tredje man motverkat risken för varaktiga begränsningar i ägarens befogenheter.

I olika speciella fall har helt andra funktioner kunnat konstateras hos rättighetsindelningen. Genom att röstbindningsavtal varit obligatoriska har man undvikit att röstning i strid mot avtalet kunnat åberopas som grund för klander av bolagsstämmans beslut. Ägarförbehåll till beståndsdelar har frånkänts skydd

126 54 § försäkringsavtalslagen. Jfr Illum s 12 och Braekhus-Haerem s 387 f.
127 Hessler s 81 med hänvisningar (Hessler kritisk), Braekhus-Haerem s 388 f. Jfr Augdahl s 416.

mot tredje man därför att man velat undvika värdeförstöring. Även i dessa fall har dock behovet av säkerhet i omsättningen spelat viss roll. När anspråk på ersättning för skada vid olycksfall eller expropriation betecknats som obligatoriska har syftet varit att begränsa ersättningsskyldigheten. – Mera svårbestämbar är rättighetsindelningens funktion ifråga om enkla bolag. Klassificeringen av de enkla bolagen synes främst ha diskutabla konsekvenser. Kanske kan man dock här peka på att bolagsmännens borgenärer på grund av den obligatoriska karaktären kan omedelbart utbryta gäldenärens andel i bolagstillgångarna.

En särställning intar slutligen de preskriptibla anspråken. Här är icke fråga om rättsskydd mot tredje man utan om ingrepp i en partsrelation. Begreppet obligatorisk rätt synes här ha till funktion att under en gemensam beteckning samla de fall där ändamålssynpunkter talar för preskription, framför allt de generiskt bestämda anspråken.

Tydligt är att indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter är en teknik att tillgodose många olika synpunkter. Tydligt är också att dessa synpunkter ibland närmast talar för ett ingrepp i partsförhållandet snarare än för en begränsning av tredjemansskyddet. Det förvånar därför icke att man i vissa sammanhang, framför allt när det gällt att skydda mot risken för varaktiga bindningar, istället litat till regler som just innebär ett ingrepp i partsförhållandet. Ibland har detta varit regler om fullständig ogiltighet, t ex av röstbindningsavtal i fransk rätt, avtal om förköpsrätt till fast egendom i svensk rätt samt – av andra skäl – ägarförbehåll till beståndsdelar av fast egendom. Ibland har det varit regler om endast tidsbegränsad giltighet, såsom vid förköpsrätt i de äldre jordabalksförslagen och beträffande nyttjanderätt till fast egendom, avtal om återköpsrätt i fransk rätt etc. Ibland har det varit regler om förtida uppsägning under vissa förutsättningar, t ex vid enkelt bolag. Härmed kan jämföras den moderna tekniken vid nyttjanderätt till fast egendom, där man givit nyttjanderättshavaren en optionsrätt som sedan kan brytas genom en skälighetsprövning efter uppsägning från fastighetsägarens sida. Hur sträng man varit vid dessa ingripanden i avtalsfriheten har väl berott på vilka risker man ansett föreligga med varaktiga bindningar av ägarens befogenheter.

Vad beträffar den tyska rättighetsindelningens inflytande på svensk rätt är detta mycket påtagligt icke blott ifråga om enkla bolag, där vår lagstiftning bygger på uppfattningen av bolaget som obligatoriskt, utan även ifråga om röstbindningsavtalens verkan mot ny aktieägare (och mot bolaget). I det senare fallet möter man i svensk doktrin plötsligt abstraktionsprincipen mer eller mindre renodlad. Den tyska rättighetsindelningen kan också spåras särskilt i den något äldre doktrinens uppfattning om återvinningskravens verkan i konkurs, förköpsrätter och återköpsrätter, kanske också överlåtelseförbud, samt möjligen i rättspraxis rörande ägarförbehåll till beståndsdelar.

KAPITEL 9. TREDJEMANSSKYDDETS GRÄNSER – ÅTERBLICKAR OCH REFORMFÖRSLAG

1. Inledning

Tiden är nu kommen för en återblick på vissa av de frågor som behandlats i det föregående och i samband därmed för förslag till kompletteringar och förbättringar i det svenska regelsystemet. Detta avslutande kapitel är disponerat på följande sätt: Efter att i punkten 2 ha rekapitulerat utvecklingen av begreppen sakrätt och obligatorisk rätt i Tyskland och Frankrike, gör jag i punkten 3 en samlad bedömning av indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter. Därefter följer i punkten 4 en översikt över rättighetsindelningens betydelse i dansk, norsk och svensk rätt. Under punkten 5 framföres slutligen olika förslag till kompletteringar och förbättringar i det svenska regelsystemet. Här gäller det först metod, systematik och terminologi. Vidare gäller det reglerna om nyttjanderättens sakrättsliga ställning vid lös egendom, avtal om enkelt bolag, avtal rörande rösträtten för aktier och olika regler i den nya JB angående villkor vid gåva av fast egendom, upplåtelse av panträtt i fast egendom och upplåtelse av nyttjanderätt i fast egendom.

Min strävan har varit att utforma detta kapitel så, att det kan läsas separat.

2. Utvecklingen av begreppen sakrätt och obligatorisk rätt i Tyskland och Frankrike

Begreppen sakrätt och obligatorisk rätt[1] går ytterst tillbaka på den romerska rätten. I den klassiska romerska rätten hade man dock ingen föreställning om subjektiva rättigheter i modern mening. Såväl *dominium* (äganderätt) som *obligatio* (förpliktelse) uppfattades som ett metafysiskt maktförhållande. Dominium var en makt över en sak, obligatio innebar en makt över en person. Dominium gjordes gällande genom *actio in rem,* ett krav på återställande av egendomen till ägaren, vilket kunde riktas mot vem som än innehade egendomen. Dominium överfördes till ny ägare genom ett rituellt överförande av den juridiska besittningen – *possessio* – vilket vanligen skedde genom fysisk tradition (verklig eller låtsad). Vid köp förvärvade köparen genom köpeavtalet icke någon rätt till själva egendomen utan blott ett personligt anspråk mot säljaren, ett anspråk som kunde göras gällande genom en *actio in personam* och som innehöll ett krav på skadestånd för avtalsbrott. En köpare hade alltså icke

[1] Se allmänt ang utvecklingen av dessa begrepp ovan kapitel 3.

rätt till naturaprestation utan fick nöja sig med skadestånd ifall säljaren inte ville fullfölja köpet. Vid upplåtelse av nyttjanderätt[2] fick nyttjanderättshavaren, trots fysisk besittning, icke possessio, och han kunde därför icke hindra att ägaren godtyckligt återtog egendomen eller sålde den till någon annan utan avseende på nyttjanderätten. Nyttjanderättshavaren fick i ett sådant läge ett krav på skadestånd mot upplåtaren, men han hade icke någon rätt att behålla själva egendomen.

I klassisk romersk rätt var dominium den enda sakrätten, dvs den enda rättigheten som gav tillgång till actio in rem. I senklassisk tid utbildades vid sidan av dominium vissa servituts- och nyttjanderättsformer samt panträtt till sakrätter i nämnda betydelse. Utmärkande för dessa nya sakrätter förefaller ha varit att de antingen hade ett varaktigt ändamål, såsom servituten och vissa äganderätten närstående nyttjanderättsformer (sedermera *dominium utile*), eller var avlösbara och därför icke permanenta, såsom panträtten.

Glossatorer och postglossatorer bevarade sakrättsbegreppet intakt men förvandlade obligationsbegreppet från att ha inneburit en makt över en person (gäldenären) till att bli en indirekt eller *medelbar makt över en sak,* nämligen en genom gäldenärens person förmedlad makt över den sak som skulle presteras.

I naturrätten förvandlades både obligationsbegreppet och sakrättsbegreppet. Under inflytande av det nu utvecklade begreppet *subjektiv rätt* och en lära om motsvarighet till varje rättighet i en förpliktelse för gäldenären förvandlades obligatio från att ha inneburit en medelbar makt över en sak till att bli en *rätt mot en person.* Samtidigt gjorde man i tysk rätt skillnad mellan obligatio och det dessförinnan därmed synonyma begreppet *ius ad rem,* så att obligatio fick beteckna anspråk på generiskt bestämd egendom och ius ad rem reserverades för individuellt bestämda anspråk.

Den romerska rättens uppfattning av dominium som en metafysisk makt över en sak ersattes under 1700-talet – i samband med utvecklingen av begreppet subjektiv rätt – med ett äganderättsbegrepp, för vilket den egenskapen var utmärkande att ägarens befogenheter kunde uppdelas på flera olika personer. En sådan uppdelning av olika befogenheter på skilda personer var överhuvudtaget karakteristisk för den feodala germanska rätten. Med detta äganderättsbegrepp var det möjligt att betrakta alla rättigheter som sakrätter, så snart de förenats med besittning. En sådan uppfattning kom till uttryck i den samtidigt i tysk rätt utvecklade läran om sakrättsförvärv genom *titulus och modus acquirendi.* Genom titulus (vanligen avtalet) förvärvades, menade man, en ius ad rem, under förutsättning att avtalet avsåg individuellt bestämd egendom. Ius ad rem gav skydd mot *ondtroende* senare förvärvare. Genom modus (vanligen traditionen) förvärvades en *ius in re* (sakrätt). Utmärkande för sakrätten var enligt denna lära den från actio in rem lånade egenskapen att kunna göras gällande mot var och en, dvs rättsskyddet mot tredje man.

[2] Se ang upplåtelse av nyttjanderätt ovan kapitel 7.2.

I den historiska skolan upplevde det romerska äganderättsbegreppet under 1800-talet en renässans. Sakrätten kom nu att definieras som en *omedelbar makt över en sak, som kunde göras gällande mot var och en.* Det avgörande kriteriet på en sakrätt ansågs nu vara den omedelbara makten över en sak. Rättsskyddet mot tredje man uppfattades blott som en konsekvens av denna makt. Egenskapen att kunna göras gällande mot var och en ansågs sakrätterna ha gemensam med de s k familjerättigheterna, vilket ledde till att sakrätter och familjerättigheter tillsammans betecknades som *absoluta* rättigheter. I motsats härtill framhölls att den obligatoriska rättigheten såsom *relativ* endast kunde göras gällande mot gäldenären. Någon motsats till den för sakrätten utmärkande omedelbara makten över en sak kunde den obligatoriska rättigheten dock icke längre erbjuda. Som nämnts uppfattades den obligatoriska rättigheten icke längre som en medelbar makt över en sak utan som en rätt mot en person. Därtill kom att man nu ansåg den obligatoriska rättighetens objekt icke vara den sak som skulle presteras utan gäldenärens handling. Den obligatoriska rättigheten blev en *rätt att av en person kräva en handling.* – Sakrätten beskrevs enligt denna lära som ett rättsförhållande mellan en person och en sak, den obligatoriska rättigheten som ett rättsförhållande mellan personer. – I motsättning till den äldre uppfattningen att varje rättighet som förenats med besittning blev en sakrätt, utvecklades i reaktion mot det feodala systemet med stöd av liberalistiska krav på »frihet i äganderätten» och »frihet i omsättningen» samt romerskrättslig renlärighet läran om sakrätternas *numerus clausus* (begränsade antal).[3]

Särskilt under senare delen av 1800-talet ledde en tillämpning av förpliktelseläran på sakrättsbegreppet till att sakrätten uppfattades som motsvarighet till en *passiv universell obligation.* Om den obligatoriska rättigheten motsvarades av en förpliktelse för gäldenären motsvarade sakrätten, menade man, en förpliktelse för var och en att respektera rättigheten. Kritik av den härskande uppfattningen av sakrätten som ett rättsförhållande mellan en person och en sak ledde i samband härmed till att vissa författare helt förnekade det lämpliga i en indelning av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter.

Ett nära samband med den härskande lärans utveckling av det absoluta sakrättsbegreppet och dess skarpa distinktion mellan sakrätt och obligatorisk rätt hade den s k *abstraktionsprincipen,* som teoretiskt utvecklades särskilt i tysk rätt genom *läran om det sakrättsliga avtalet.* Denna lära grundades på en tolkning av traditionen vid överlåtelse som uttryck för två viljeförklaringar: en från överlåtaren, som därigenom antogs uttrycka sin vilja att överlåta, och en från förvärvaren, som genom mottagandet antogs uttrycka sin vilja att förvärva. I dessa båda viljeförklaringar såg man ett avtal, det sakrättsliga avtalet, som i motsats till det obligationsrättsliga avtalet (t ex ett bakomliggande köpeavtal) sades förändra det sakrättsliga läget. Det sakrättsliga avtalet förklarades vara abstrakt från det bakomliggande obligationsrättsliga förhållandet. Med abstraktionen ville man uttrycka att det sakrättsliga förvärvet, som vid förvärv av lös

[3] Se ang denna lära ovan kapitel 4.

egendom ansågs ske genom själva traditionen och vid förvärv av fast egendom genom inskrivning i fastighetsboken, var oberoende av om det obligationsrättsliga avtalet av någon anledning var ogiltigt. Till de för förvärvaren ovidkommande ogiltighetsanledningarna hörde också den omständigheten att överlåtaren redan genom obligationsrättsligt avtal »förpliktat sig» att sälja egendomen till någon annan. Abstraktionen innebar alltså ett avskaffande av begreppet ius ad rem och det därmed förbundna kravet på god tro hos senare köpare vid dubbelförsäljning. Som motivering för abstraktionen av det sakrättsliga förvärvet presenterades behovet av *säkerhet i omsättningen.* Ett krav på god tro hos förvärvaren rörande eventuella brister i överlåtarens fång skulle, menade man, leda till tvister och osäkerhet.

Läran om det sakrättsliga avtalet och föreställningen om abstrakt förvärv av en absolut sakrätt genom tradition eller inskrivning härskar också i modern tysk rätt, ehuru långtgående undantag från abstraktionsprincipen här medfört att ogiltighet i det obligationsrättsliga avtalet ofta drabbar också det sakrättsliga förvärvet. I princip upprätthålles dock den av abstraktionsprincipen följande regeln att det icke kommer en köpare vid att säljaren eventuellt redan genom obligationsrättsligt avtal förpliktat sig att sälja egendomen till någon annan.[4]

Också i modern fransk rätt anses sakrätten vara absolut, ehuru man där anser att äganderätt vid köp förvärvas genom avtalet och icke genom tradition eller inskrivning. Abstraktionsprincipen härskar i fastighetsrätten, men ifråga om lös egendom gäller ett krav på god tro hos förvärvare rörande eventuella brister i överlåtarens fång.[5]

3. Analys och kritik av rättighetsindelningen

a) Indelningens funktioner

Av allt att döma tillgodoser indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter genom den begränsning av tredjemansskyddet som indelningen medför olika ändamålssynpunkter. Man kan uttrycka saken så att rättighetsindelningen har olika funktioner. De centrala funktionerna är tre.[6]

För det första har rättighetsindelningen givit uttryck åt den olika behandlingen av individuellt och generiskt bestämda anspråk i konflikter med tredje man. Individuellt bestämda anspråk har företräde framför generiskt bestämda enligt preferensprincipen och konkurrerar inbördes enligt prioritetsprincipen, vilken innebär att äldre anspråk har företräde framför yngre. Generiskt bestämda anspråk konkurrerar i konkurs inbördes enligt konkurrens- eller likabehandlings-

[4] Se ang receptionen av det sakrättsliga avtalet i preussisk rätt ovan kapitel 5.3 d) och ang modern tysk rätt särskilt kapitel 5.4.
[5] Se ang fransk rätt särskilt ovan kapitel 5.5.
[6] Jfr ovan kapitel 4.7.

principen, som ger proportionell utdelning. Prioritetsprincipen och preferensprincipen grundas på behovet av säkerhet i rättslivet – med Demogues terminologi *sécurité statique.*[7] Konkurrens- eller likabehandlingsprincipen grundas därpå att denna princip ger gäldenären största möjlighet till fortsatt kredit och ny kredit i ett trängt läge, samtidigt som den icke möjliggör manipulationer till förmån för vissa och nackdel för andra borgenärer.[8] – Generiskt bestämda anspråk har alltid betraktats som obligatoriska. Denna funktion hos rättighetsindelningen har markerats i begreppsbildning och terminologi dels genom 1700-talets tyska distinktion mellan obligatio och ius ad rem, där obligatio reserverades för generiskt bestämda anspråk och ius ad rem för de individuellt bestämda, dels genom den moderna nordiska doktrinens bestämning av termen *fordringsrätt,*[8a] som förut användes synonymt med termerna obligatorisk rätt och obligationsrättighet men numera reserverats för just de generiskt bestämda anspråken.

En andra central funktion hos indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter har varit att medge förtida upplösning av varaktiga begränsningar av en ägares befogenheter, begränsningar som annars skulle kunna skada äganderättens omsättningsfunktion. I detta syfte har sådana rättigheter som nyttjanderätt (genom principen »köp bryter lega») – dock ej nyttjanderätter med varaktigt ändamål (dominium utile) – överlåtelseförbud och förköpsrätter fränkänts verkan mot tredje man. Olägenheter med långvariga eller permanenta rättigheter av sådant slag kändes särskilt påtagliga i det tidiga 1800-talets fastighetsrätt, där resterna av det feodala systemet med livstida nyttjanderätter, släktingars lösningsrätter o d hindrade utvecklingen mot en liberal ekonomi. – Det synes vara denna funktion hos rättighetsindelningen som ligger bakom teorien om sakrätternas numerus clausus.

Sin tredje centrala funktion har rättighetsindelningen haft däri, att den tillgodosett krav på säkerhet i omsättningen (rättslivet). Liksom de förutnämnda funktionerna har denna funktion hos rättighetsindelningen medfört en alldeles särskild skiktning av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter. Här har den sakrättsliga kvaliteten anknutits icke till sättet att formulera anspråket eller rättigheternas materiella innehåll utan till sådana yttre omständigheter som besittningstagande eller inskrivning. Enligt denna indelning kan t o m ett äganderättsanspråk avseende individuellt bestämd egendom (före tradition) betraktas som en obligatorisk rätt. – Strävan efter säkerhet i omsättningen har närmare bestämt inneburit två olika saker. Dels har man önskat skydda en förvärvare mot risken för dold konkurrens, dels har man velat skydda borgenärer mot bedrägerier i syfte att undandraga egendom från exekution.

[7] Jfr ovan kapitel 3.3 e) och 3.4.
[8] Ovan kapitel 8.2 c).
[8a] Ovan kapitel 3 vid not 57 och not 116. Jfr de franska begreppen droit de suite och droit de préférence, ovan kapitel 3 vid not 37.

Även andra, mera speciella funktioner har förekommit, t ex att uttrycka det förhållandet att röstning i strid med ett avtal om bindning av rösträtten till aktie icke utgör grund för klander av bolagsstämmans beslut.[9]

b) Bedömning av rättighetsindelningen

Indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter kan alltså betecknas som en teknik att genom en särskild systematik tillgodose många skilda behov, av vilka de tre viktigaste är att skilja mellan individuellt och generiskt bestämda anspråk, att skydda mot risken för varaktiga begränsningar av en ägares befogenheter, samt att skydda mot osäkerhet i omsättningen (dvs mot dold konkurrens och borgenärsbedrägerier). Systematiken är emellertid inte utan nackdelar som teknik betraktad. Den kan försvåra en rimlig avvägning mellan motstående intressen och den kan leda till att sakligt ogrundade regler härleds ur generella, på förhand uppställda begrepp och principer. I det senare hänseendet talar man om begreppsjurisprudens.

Hur en indelning av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter kan försvåra en rimlig avvägning mellan motstående intressen illustreras av principen »köp bryter lega».[10] När nyttjanderätter förklarats obligatoriska i syfte att skydda äganderättens omsättningsfunktion har konflikt uppkommit med nyttjanderättshavarnas behov av stabilitet i avtalsförhållandena. Konflikten ledde redan under slutet av 1700-talet och början av 1800-talet till att principen »köp bryter lega», såvitt gällde fast egendom, helt avskaffades i Preussen och Frankrike. Efter en renässans för principen »köp bryter lega» i den historiska skolans doktrin har den obligatoriska karaktären på hyra och arrende i modern tysk fastighetsrätt neutraliserats genom ett särskilt besittningsskydd *utanför* systemet med sakrätter och obligatoriska rättigheter. Ehuru hyra och arrende sålunda formellt betraktas som obligatoriska rättigheter åtnjuter de genom det särskilda besittningsskyddet ungefär samma tredjemansskydd som sakrätter. Anspråk på äganderätt eller panträtt blir ju icke heller skyddade mot tredje man förrän i samband med besittningstagandet (eller inskrivningen). – Detta är blott ett exempel på hur man blivit tvungen att genom särskilda regler neutralisera verkningarna av den moderna tyska rättens skarpa indelning av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter. Andra exempel är det allmänna besittningsskyddet för obligatoriska rättigheter till lös egendom och möjligheten till inskrivning av obligatoriska rättigheter till fast egendom genom Vormerkung.[10a]

Exempel på att indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter lett till begreppsjurisprudens utgör reglerna om det abstrakta sakrättsliga förvärvet. Den officiella motiveringen för abstraktionsprincipen är som sagt att ett krav på god tro hos ny ägare rörande brister i överlåtarens fång

[9] Ovan kapitel 8.7 b).
[10] Ovan kapitel 7.
[10a] Ovan kapitel 4.3.

skulle leda till tvister och osäkerhet. Enligt min mening bör emellertid abstraktionsprincipen i första hand ses som ett sätt att – i strid mot det praktiska livets behov – tillsammans med andra företrädesregler inordna regler om företräde för senare förvärvare till skydd mot dold konkurrens i ett enhetligt system av regler om förvärv av sakrätt genom tradition eller inskrivning.

Grundläggande för en diskussion av abstraktionsprincipen är iakttagelsen att ett krav på god tro är motiverat endast när den senare förvärvarens företräde grundas på behovet av skydd mot dold konkurrens. Här är ett krav på god tro också en naturlig utgångspunkt. Genom kravet på god tro drages gränsen mellan förvärvare som bör skyddas och förvärvare som icke bör skyddas. En förvärvare som känt till en äldre konkurrerande rättighet kan icke rimligen göra anspråk på skydd av en regel som skall skydda mot *dold* konkurrens, ty för honom har ju konkurrensen icke varit dold. – Utformas kravet på god tro som en bedömning av vad vederbörande förvärvare »bort inse», dvs som en aktsamhetsbedömning, uppnås också en prevention mot konflikter. Förvärvaren får då anledning att redan före förvärvet klara ut eventuella misstänkta omständigheter. – Fråga är här icke alls om en bedömning av förvärvarens »moral», såsom man antagit och fortfarande synes utgå från särskilt i fransk rätt.

Om däremot syftet med en regel som ger senare förvärvare företräde är något annat, saknas anledning att uppställa ett krav på god tro som förutsättning för att skydd skall inträda. Ett krav på god tro skulle då istället motverka företrädesregelns syfte. Som exempel kan tagas konkurrens mellan en köpare av lös egendom, som lämnat egendomen kvar hos säljaren, och säljarens borgenär, som vill utmäta egendomen för säljarens skuld. Motiverar man ett krav på tradition till köparen, för att han skall vara skyddad mot utmätning för säljarens gäld, med att utmätningsborgenären skall skyddas mot bedrägerier, kommer ett krav på god tro hos utmätningsborgenären, som ju är den senare förvärvaren, att motverka traditionskravets syfte. Utmätningsborgenär som känt till försäljningen skulle ju då icke bli skyddad mot bedrägerier.[11]

Men hur skall man då bedöma påståendet att ett krav på god tro i sig skulle leda till tvister och osäkerhet?

Såvitt jag kan förstå har farhågorna för *tvister* väsentligen sin grund i det myckna processande som i äldre tid blev följden av dels det romerska systemet med tysta och generella panträtter, som i sig självt bäddade för dold konkurrens, dels den rättsosäkerhet som blev följden av ineffektiv lagstiftning med krav på inskrivning av rättigheter till fast egendom, dels ock rent processuella brister. – Talet om *osäkerhet* döljer i övrigt åtminstone tre olika tankegångar. Ibland har man tänkt på osäkerhet rörande godtroskravets innebörd. Denna osäkerhet borde istället avhjälpas genom lagstiftning. Att helt undvika regler som fäster avseende vid en förvärvares goda tro lär inte vara möjligt – sådana regler förekommer ju också i tysk rätt – och då är det svårt att förstå varför det skulle vara så besvärande med ett godtroskrav i vissa situationer. Rättsfrågorna måste

[11] Se närmare ovan kapitel 6.9.

ändå lösas. – Ibland har man tänkt på osäkerhet om bevisläget. Erfarenheten ger emellertid ej stöd för antagandet att ett godtroskrav i sig skulle leda till tvister i rena bevisfrågor. Däremot visar erfarenheten att abstraktionen leder till att tvisteföremålet förskjutes något. Istället för att tvista om förekomsten av god tro tvistar man om förekomsten av svek eller kollusion, dvs vid dubbelförsäljning avsikt hos den senare köparen att skada den förste, vilket under inga förhållanden ansetts kunna godtagas. Dessutom är det svårt att förstå att man i denna utsträckning ömmar för den senare förvärvarens säkerhet, när det är den förste förvärvaren som har att styrka förekomsten av ond tro, icke den senare som skall styrka förekomsten av god tro. – Slutligen har man, framför allt i fransk fastighetsrätt, där något regelrätt godtrosförvärv icke är möjligt, tänkt på den senare köparens godtroende successorer (köpare, panthavare etc). Genom abstraktion av den senare köparens förvärv har dessa skyddats mot återkrav från den förste köparen, och skadeståndskrav har kunnat drabba endast ondtroende förvärvare. Här synes dock abstraktionsprincipen tekniskt underlägsen ett direkt skydd för godtroende förvärvare, framför allt därför att den gör successors skydd beroende av att den senare köparen icke gjort sig skyldig till svek eller kollusion.

Abstraktionsprincipen kan icke motiveras rationellt. Dess framväxt får ses framför allt som ett resultat av benägenheten att uttrycka regler med skilda syften genom begrepp som sakrätt och äganderätt. Kravet på god tro hos ny ägare vid dubbelförsäljning har fallit bort därför att det icke passade i andra regler, som också inordnades i systemet med förvärv av sakrätt genom tradition eller inskrivning. Särskilt tydlig är denna sammansmältning av skilda regler i den franska fastighetsrätten, där olika inskrivningssystem förekommit vid sidan av varandra: systemet med insinuation av gåvor (som tillkom bl a för att skydda mot borgenärsbedrägerier och som ej innehåller något krav på god tro), systemet med inskrivning av äganderättsförvärv och pantsättning av fast egendom i pays de nantissement (som skulle skydda mot dold konkurrens och innehöll ett krav på god tro), samt systemet med inskrivning av hypotek i fast egendom i den revolutionära rätten (där rent fiskaliska önskemål om inskrivningsavgifter blandades med en önskan att komma ifrån det romerska systemet med tysta pantförskrivningar och man således strävade efter absolut inskrivningsplikt).[11a]

Exempel på att indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter lett till begreppsjurisprudens utgör också uppfattningen att köp bryter lega av lös egendom. Här gör sig risken för varaktiga bindningar av ägarens befogenheter icke gällande och analogien med den fastighetsrättsliga regeln har därför varit ogrundad.

Om indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter, särskilt i förening med abstraktionsprincipen, såsom teknik att tillgodose vissa ändamålssynpunkter sålunda har vissa nackdelar, kan man knappast säga att den har några fördelar i jämförelse med vad som skulle kunna kallas för en *direkt teleologisk metod.* De ändamålssynpunkter som rättighetsindelningen tillgodoser

[11a] Ovan kapitel 5.5 d).

endast indirekt kan i ett nyanserat system av regler, grundat på en klar redovisning av de ändamålssynpunkter som i varje särskild situation gör sig gällande, tillgodoses *direkt* utan någon omväg över en systematisk uppdelning av rättigheterna i olika kategorier. I ett sådant nyanserat system erkänner man en på ändamålssynpunkter grundad skillnad i behandlingen av individuellt och generiskt bestämda anspråk. Behovet av skydd mot varaktiga begränsningar av en ägares befogenheter tillgodoses här icke genom en begränsning av tredjemansskyddet – som ju har den nackdelen att ägaren har kvar en skadeståndsskyldighet – utan genom en begränsning av parternas bundenhet, t ex genom regler om längsta giltighetstid eller regler om förtida uppsägning i särskilda fall (jfr permutationsinstitutet). Särskild uppmärksamhet förtjänar här den teknik som kommit till användning i den moderna arrende- och hyresrätten, även i Tyskland: formellt kortvariga nyttjanderätter har gjorts varaktiga genom en optionsrätt för nyttjanderättshavaren, samtidigt som fastighetsägaren givits rätt till uppsägning efter en skälighetsprövning av grunden för uppsägningen. Om risken för varaktiga begränsningar av en ägares befogenheter begränsas på detta sätt behöver man icke någon teori om sakrätternas numerus clausus. Man kan utgå från att alla rättighetstyper avseende individuellt bestämd egendom i lika mån åtnjuter rättsskydd mot tredje man. – Behovet av säkerhet mot dold konkurrens tillgodoses i ett sådant nyanserat regelsystem genom regler om godtrosförvärv, behovet av skydd mot borgenärsbedrägerier genom krav på tradition eller inskrivning för att en rättighet skall kunna göras gällande vid senare utmätning eller konkurs.

4. Rättighetsindelningens betydelse i dansk, norsk och svensk rätt

a) Dansk och norsk rätt

Äldre dansk och norsk rätt var starkt påverkad av indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter. Även läran om det sakrättsliga avtalet hade en tid sin motsvarighet i dansk och norsk rätt. I modern dansk och norsk rätt har man emellertid praktiskt taget helt övergivit tanken på en indelning av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter. Spår av en sådan indelning synes numera förekomma endast ifråga om anspråk på försäkringsersättning och utomobligatoriskt skadestånd, där man menat att den som endast har en obligatorisk rätt till skadad egendom inte kan få ersättning. Synbarligen har klassificeringen av dessa anspråk som obligatoriska haft till funktion att åstadkomma en begränsning av ersättningsskyldigheten.[12]

Utvecklingen bort från en indelning av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter har varit en följd av den relativisering av ägande- och sakrättsbegreppen som i dansk doktrin skett i anslutning till diskussionen om

[12] Se ovan kapitel 3.4 och kapitel 8.8 g).

äganderättens övergång vid köp. Sedan problemet med äganderättens övergång vid köp brutits upp i olika delproblem – bl a frågan om köpares borgenärsskydd och frågan om godtroende köpares skydd mot dold konkurrens – har man i distinktionen mellan sakrätter och obligatoriska rättigheter främst sett ett uttryck för den olika behandlingen av generiskt och individuellt bestämda anspråk.[13]

Modern dansk och norsk rätt kommer genom denna relativisering av äganderättsbegreppet och den därav följande utsuddningen av sakrättsbegreppet nära det nyss beskrivna systemet med nyanserade regler för varje särskilt problem. I vilken utsträckning de olika genom rättighetsindelningen tillgodosedda intressena faktiskt beaktas är naturligtvis en annan sak. En utomstående betraktare kan möjligen få intryck av att risken för varaktiga begränsningar av en ägares befogenheter icke alltid rönt tillräcklig uppmärksamhet, t ex ifråga om permanenta förköpsrätter till fast egendom.[14]

b) Svensk rätt

Också den svenska rätten har i olika sammanhang påverkats av indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter. Den svenska rätten har dock icke i samma utsträckning som den danska och den norska lyckats frigöra sig från detta beroende.

Begreppen sakrätt och obligatorisk rätt uppträdde i svensk juridisk litteratur och rättspraxis redan under 1600-talet. Under 1700-talet och förra hälften av 1800-talet talade de svenska juridiska författarna om sakrättsförvärv genom titulus och modus och om ius ad rem. Ungefär från mitten av 1800-talet mottog den svenska doktrinen intryck av det absoluta sakrättsbegreppet och den därmed sammanhängande abstraktionsprincipen.[15]

Såvitt gällde förvärv av äganderätt fick rättighetsindelningen dock icke något egentligt fotfäste i den svenska rätten. En betydelsefull omständighet i detta sammanhang torde ha varit att 1875 års inskrivningslagstiftning – trots starkt motstånd från företrädare för ett absolut sakrättsbegrepp – kom att grundas på ett traditionellt naturrättsligt eller germanskt och, framför allt, relativt sakrättsbegrepp, vilket särskilt kom till uttryck i reglerna om dubbelförsäljning. Vad beträffar lös egendom har varken de sedan 1700-talet gällande och sedermera utvecklade reglerna om godtrosförvärv eller det sedan mitten av 1800-talet utvecklade och numera så effektiva kravet på tradition såsom förutsättning för köpares borgenärsskydd någonsin inordnats i ett strikt system med förvärv av äganderätt genom tradition. Under 1900-talet har äganderättsbegreppet istället, i samband med att problemet med äganderättens övergång vid köp under

[13] Se ovan kapitel 3.4.
[14] Ovan kapitel 8.4 d).
[15] Ovan kapitel 3.5.

inflytande av dansk doktrin brutits upp i olika delproblem, blivit fullständigt relativiserat.[16]

1875 års inskrivningslagstiftning ledde emellertid, har jag här hävdat, till att indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter i två andra sammanhang kom att befästas i den svenska rätten, nämligen ifråga om pantsättning av fast egendom och upplåtelse av nyttjanderätt (principen »köp bryter lega»).

Panträtt i fast egendom ansågs redan tidigare uppstå som sakrätt först genom inteckningen. Före 1875 års lagstiftning var detta emellertid ett uttryck för uppfattningen att den med panträtten förenade förmånsrätten grundades på borgenärens vaksamhet (vigilans). Vid denna tid kunde inteckning beviljas utan att gäldenären pantförskrivit sin fastighet. Som alternativ till inteckningen framstod därför i diskussionen om när sakrätten skulle anses uppkomma icke tidpunkten för pantförskrivningen (inteckningsmedgivandet) utan den tidpunkt då borgenären förvärvat sin *fordran*. I valet mellan inteckningen och fordringen som grund för sakrättens uppkomst stannade man för inteckningen. När man sedan i 1875 års lagstiftning uppställde ett krav på pantförskrivning av fastighetsägaren för att inteckning skulle få ske, behölls, av allt att döma under inflytande av den abstraktionsprincip som redan härskade i tysk och fransk rätt, uppfattningen att sakrätt – i absolut mening – uppkom först genom inteckningen.[17]

Principen »köp bryter lega» har varit en del av den svenska rätten i vart fall sedan 1600-talet. Den inskränktes under 1800-talet genom införandet av möjlighet till inskrivning av nyttjanderätten i domstolens protokoll. När frågan om också ett krav på god tro skulle ställas på ny ägare diskuterades i motiven till 1875 års inteckningsförordning hänvisade man till att ett godtroskrav skulle medföra risk för osäkerhet och tvister. I denna argumentering har jag sett ett uttryck för abstraktionsprincipen. När tankegången senare utvecklades i motiven till 1907 års nyttjanderättslag, blandades den upp med ett återfall i det romerska äganderättsbegreppet, i det att säkerheten i äganderättsförvärv utan närmare motivering förklarades mera skyddsvärd än säkerheten i nyttjanderättsupplåtelser. Samtidigt kompletterades det hela med en hänvisning till att ett godtroskrav skulle vara hämmande för fastighetsomsättningen och därmed inverka på fastighetskrediten. Sistnämnda synpunkt har jag tolkat som ett missförstånd av en tankegång i tysk doktrin. Den tyska tankegången innebar dels att skyldighet för ny ägare att respektera nyttjanderätter skulle hämma omsättningen genom att minska antalet spekulanter och därigenom sänka priset – varvid i första hand måste ha avsetts sådana nyttjanderätter som spekulanterna *faktiskt känt till* – dels att en sådan skyldighet, om den utsträcktes till att gälla även vid *exekutiv* försäljning, skulle äventyra säkerheten i fastighetskrediten, eftersom nyttjanderätt då skulle kunna tränga sig före äldre penninginteckning.

16 Ovan kapitel 3.5 och 5.7.
17 Ovan kapitel 6.7.

Det ligger nära till hands att antaga att lagberedningens farhågor för hämmande av fastighetsomsättningen och inverkan på fastighetskrediten i motiven till nyttjanderättslagen inspirerats av detta resonemang. I motsats till den tyska doktrinen avsåg emellertid lagberedningen, när den befarade att omsättningen skulle hämmas, att risken för *okända* nyttjanderätter skulle göra omsättningen otrygg vid *frivillig* överlåtelse. Hur fastighetskrediten skulle kunna påverkas härav är svårt att förstå.[18]

Uppfattningen att en pantförskrivning saknar verkan mot ny ägare har icke utsträckts till lösegendomsrätten, där högsta domstolen istället i flera rättsfall ansett ny ägare bunden av tidigare, för honom känd pantförskrivning. Ehuru tvivel uttalats i doktrinen rörande det berättigade i en analogisk tillämpning av den princip som kommit till uttryck i dessa rättsfall även på andra »obligatoriska» rättigheter till lös egendom, har rättsfallen otvivelaktigt inneburit en begränsning av den tyska rättighetsindelningens och abstraktionsprincipens inflytande på den svenska rättsutvecklingen.[19]

Ifråga om nyttjanderättsupplåtelser har utvecklingen emellertid varit den motsatta. Med stöd av ett rättsfall från 1905, vari en nyttjanderätt frånkändes skydd mot borgenärer vid utmätning, har man antagit att nyttjanderätter till lös egendom saknar verkan mot tredje man (borgenärer och ny ägare) till och med när nyttjanderättshavaren fått egendomen i sin besittning.[20] Trots den relativitet som kommit att prägla ägande- och (vid lös egendom) panträttsbegreppet, har den tyska indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter, ehuru i något förvanskad form, härigenom fått ordentligt fotfäste i den svenska rätten. Uppfattningen att nyttjanderätt till lös egendom saknar verkan mot tredje man har otvivelaktigt sedan i sin tur bidragit till att den tyska rättighetsindelningen bevarats som ett grunddrag i den svenska civilrätten.

Att den tyska rättighetsindelningen fortfarande har ett allmänt inflytande på den svenska doktrinen framgår av både dennas metodik och systematik. Vad metoden beträffar så menar man att en rättighetstyp bör tillerkännas (möjlighet till) tredjemansskydd endast i den mån ett »behov» därav visat sig i det praktiska livet. I denna uppfattning – den må vara aldrig så väl förankrad i ändamålsöverväganden – ser jag en avläggare av teorien om sakrätternas numerus clausus. I farhågor för »hinder i omsättningen» har jag icke kunnat finna några andra konkreta synpunkter än en hänvisning till risken för osäkerhet i omsättningen på grund av dold konkurrens och borgenärsbedrägerier och risken för varaktiga bindningar av en ägares befogenheter. – Vad systematiken beträffar så finns det i svensk doktrin en allmän benägenhet att se förekomsten, respektive frånvaron av tredjemansskydd som grund för en systematisk indelning av rättigheterna i olika kategorier, det må vara sakrätter och obligatoriska rättigheter eller starka rättigheter och svaga rättigheter. Att systematiseringen numera icke utnyttjas

[18] Ovan kapitel 7.7 cc).
[19] Ovan kapitel 6.7.
[20] Ovan kapitel 7.8.

som grund för begreppsjuridiska slutsatser rörande konkreta rättsreglers materiella innehåll, hindrar icke att man i själva benägenheten att systematisera kan spåra en påverkan från den tyska rättighetsindelningen.[21]

Som uttryck för ett allmänt beroende av den tyska systematiken ser jag också talet om obligatoriska rättigheter ifråga om bl a ägarförbehåll till beståndsdelar, där syftet varit att genom förbud mot återtagande undvika bl a osäkerhet i fastighetskrediten och värdeförstöring, och förbud mot uthyrning av bok o d, där fråga närmast varit om ett stävjande av försök till privat utvidgning av upphovsrätt, motsvarande en varaktig begränsning av exemplarägarens förfoganderätt (ett »negativt servitut» till lös egendom).[22] Även om misstänksamhet mot termen obligatorisk rätt ofta markerats genom att termen satts inom citationstecken, vittnar terminologien om ett visst allmänt beroende av den tyska systematiken.

I andra sammanhang synes den tyska rättens indelning av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter mera direkt ha påverkat den svenska rätten. Ett välkänt uttryck för detta är lagstiftningen om enkla bolag, varigenom det enkla bolaget efter förebild i 1888 års BGB-förslag konstruerats som ett obligatoriskt rättsförhållande mellan bolagsmännen utan betydelse för tredje man.[23] Jag tänker här också på beroendet av den tyska rättens systematik ifråga om avtal rörande rösträtten till aktier, vilka ansetts gälla mellan parterna men icke mot tredje man.[24] Inslag av direkt påverkan från tysk rätt torde också ha förekommit i särskilt äldre svensk doktrin rörande bl a avtal om förköpsrätt eller återköpsrätt till lös egendom.[25]

Speciella områden där en indelning av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter kommit till användning är reglerna om ersättning vid expropriation och reglerna om preskription av fordringar efter tio år. Vid expropriation har indelningen fungerat som en begränsning av ersättningsskyldigheten genom att rätt till ersättning mer eller mindre välgrundat ansetts tillkomma endast den som haft en sakrätt till den exproprierade egendomen. Ifråga om preskription har man menat att endast obligatoriska rättigheter är preskriptibla, varvid indelningen av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter av allt att döma utgjort en sammanfattande beteckning på de rättigheter som av ändamålsskäl ansetts preskriptibla (framför allt generiskt bestämda anspråk).[26]

21 Ovan kapitel 3.5 vid not 108 ff.
22 Ovan kapitel 8.8 c) och e).
23 Ovan kapitel 8.6.
24 Ovan kapitel 8.7.
25 Ovan kapitel 8.4.
26 Ovan kapitel 8.8 f) och g).

5. Reformförslag

a) Metod, systematik och terminologi

Av det föregående torde framgå att jag förordar det som här kallats en direkt teleologisk metod vid lösningen av de problem som man framför allt i tysk rätt sökt komma till rätta med genom en indelning av rättigheterna i sakrätter och obligatoriska rättigheter. I detta val ligger ett avståndstagande från den ur teorien om sakrätternas numerus clausus härledda metoden att tillerkänna en rättighetstyp (möjlighet till) tredjemansskydd endast i den mån ett »behov» av skydd kan påvisas i det praktiska rättslivet.

Som grundläggande uppfattar jag regeln om prioritet från tidpunkten för individualiseringen av egendomen vid konkurrens mellan individuellt bestämda anspråk inbördes och regeln om preferens för individuellt bestämda anspråk framför generiskt bestämda. Dessa regler bör frångås endast om särskilda skäl kan anföras för en exstinktionsregel. Erkända och välgrundade, ehuru icke fullt konsekvent genomförda exstinktionsregler gäller i svensk rätt till skydd för godtroende förvärvare mot dold konkurrens med rätt ägare och tidigare förvärvare samt till skydd för exekutionsborgenärer mot bedrägerier från en gäldenär som söker undandraga egendom från exekution. Risken för varaktiga bindningar av en ägares befogenheter bör däremot motverkas icke genom en begränsning av möjligheten till tredjemansskydd för vissa rättighetstyper utan genom begränsningar i parternas bundenhet. – Mot konkurrensprincipen (likabehandlingsprincipen) ifråga om generiskt bestämda anspråk har jag naturligtvis intet att invända.

Vad beträffar lös egendom innebär detta att varje rättighet till individuellt bestämd egendom *i princip* skall tillerkännas skydd mot ny ägare, som ej kan åberopa godtrosförvärv, och, eventuellt under förutsättning av tradition (denuntiation), mot borgenärer. Något utrymme för en systematisk indelning av rättigheterna utifrån möjligheten till tredjemansskydd finns då icke.

Den praktiska betydelsen av ett sådant metodbyte skall inte överdrivas. Sedan länge är ändamålsresonemang så dominerande i diskussionen om reglernas materiella innehåll, att man kommer till i stort sett samma resultat, vilken utgångspunkt man än väljer. Genom ett metodbyte markeras dock att det är många olika synpunkter som föranlett att rättigheter frånkänts skydd mot tredje man. Ett metodbyte kan därför sägas bidraga till ökad klarhet om de synpunkter som gör sig gällande i en konkret situation. Icke minst torde detta gälla risken för varaktiga bindningar, som enligt vad här hävdats bör mötas med ingrepp direkt i partsförhållandet snarare än med en reglering av tredjemansskyddet. Kanske skulle på så vis en ny utgångspunkt kunna bidraga till ett brytande av traditionens makt, t ex i diskussionen om tredjemansskydd för nyttjanderätt till lös egendom, eller ge en fastare grund för ett ställningstagande, då närliggande ändamålssynpunkter är svåra att urskilja. I sistnämnda hänseende tänker jag bl a på den tveksamhet som präglar Hesslers diskussion av de onerösa överlåtelseför-

budens verkan mot ny ägare. Hessler menar att det möjligen skulle anses konsekvent att här anknyta till reglerna om borgenärsskydd men anser sig inte kunna anföra något särskilt stöd för en sådan sammankoppling. Den av mig förordade metoden resulterar i att man här faller tillbaka på prioritetsprincipen och således åberopar den enligt överlåtelseförbudet berättigades behov av säkerhet i rättslivet.[27]

I fastighetsrätten torde en ändrad metod icke medföra någon ändring såvitt gäller begränsningen av antalet inskrivningsbara rättigheter. Denna begränsning grundas nämligen icke blott på farhågor för varaktiga bindningar av ägarens befogenheter utan också på hänsyn till inskrivningsväsendets och fastighetsbildningens speciella behov. Man har till stöd för denna begränsning åberopat bl a att fastighetsboken därigenom blir överskådligare (jfr begränsningen av arrendators och hyresgästs möjlighet till inskrivning) och att regelsystemet därigenom blir enklare. Om man har en stor flora av rättigheter blir det svårt att finna regler som på ett enkelt och tillfredsställande sätt löser de konflikter som uppstår när en fastighet delas eller på annat sätt beröres av en fastighetsbildningsåtgärd. Dessa synpunkter har ansetts väga tyngre än det ganska obetydliga behovet av en utökad rättighetsflora.[28]

Vad terminologien beträffar måste ett avskaffande av rättighetsindelningen naturligtvis också medföra en slutlig utrensning av de i svensk doktrin redan tidigare med citationstecknens reservation begagnade termerna sakrätt (= sakrättighet) och obligatorisk rätt (= obligatorisk rättighet, obligationsrättighet) som beteckning på enskilda rättighetstyper eller rättigheter. Utan hinder härav bör dock termerna sakrätt och obligationsrätt kunna även i fortsättningen begagnas som beteckning på olika regelkomplex. Sakrätten är den del av regelsystemet som behandlar en förvärvares skydd mot tredjeman, dvs främst regler till skydd mot dold konkurrens och borgenärsbedrägerier. Obligationsrätten är den del av regelsystemet som behandlar förhållandet mellan parterna i ett avtal (regler om dröjsmål, fel etc). I dessa betydelser har termerna vunnit burskap i språket och här fyller de en påtaglig funktion.

b) Nyttjanderätt till lös egendom

Klassificeringen av nyttjanderätten som en obligatorisk rätt har haft till funktion att motverka risken för varaktiga begränsningar av ägarens befogenheter. I fastighetsrätten har emellertid principen »köp bryter lega» alltsedan slutet av 1700-talet trängts undan genom regler av olika konstruktion, som alla haft till syfte att tillgodose nyttjanderättshavarens behov av stabilitet i avtalsförhållandet. Under 1900-talet har en avvägning mellan berörda intressen istället kommit att ske genom en reglering av bundenheten i partsförhållandet.

[27] Jfr ovan kapitel 8.5 e). Jfr ock diskussionen om separationsrätt för återvinningskrav, ovan kapitel 8.3 d).
[28] Ovan kapitel 4.6.

Såvitt gäller lös egendom hade principen »köp bryter lega» i äldre tid icke någon funktion att fylla som garant mot långvariga nyttjanderättsupplåtelser. Sådana upplåtelser torde praktiskt taget icke ha förekommit, vilket å andra sidan medförde att något behov av skydd mot förtida upplösning av nyttjanderättsförhållanden icke heller yppade sig. Ifråga om lös egendom ägnades därför principen icke något större intresse. Härigenom kom den att bevaras utan större inskränkningar, framför allt i fransk och svensk rätt. I tysk rätt har nyttjanderättshavaren här kommit att skyddas av ett allmänt besittningsskydd för obligatoriska rättigheter. I dansk och norsk rätt har »Leje» alltid gått före »Eje».

I modern tid har emellertid principen »köp bryter lega» ifråga om lös egendom fått praktiska konsekvenser i samma mån som ett bruk av långvariga nyttjanderätter (leasing och tidsbefraktning) utbrett sig, särskilt som nyttjanderättshavaren här av olika skäl kan få ett betydande ekonomiskt intresse i avtalets fortsatta bestånd.[29] Parallellt med denna utveckling har den svenska doktrinens intresse för problemet ökat, varvid tendenser till en inskränkning av principens räckvidd förmärkts. Kanske kan icke Hasslers mera principiella angrepp på uppfattningen att icke alla rättigheter skall behandlas lika ifråga om borgenärsskyddet räknas hit, men Walins, Tibergs, Grönfors' och Hesslers positiva attityd till ett ökat tredjemansskydd för nyttjanderätt till lös sak torde vara en direkt följd av vad man upplever som ett ökat behov av skydd för nyttjanderätten i det praktiska livet. Principen »köp bryter lega av lös egendom» har blivit alltmer intolerabel.

Försvaret av principen »köp bryter lega» ifråga om lös egendom har förts efter samma linjer som försvaret av principen i fastighetsrätten.[30] Den avgörande synpunkten har varit att ett krav på god tro skulle medföra risk för tvister och osäkerhet i omsättningen. Kravet på god tro har alltså här, liksom mera generellt i abstraktionsprincipen, blivit syndabock för den mångfald av tvister som i äldre tid orsakades av framför allt det romerska systemet med tysta och generella pantförskrivningar och den osäkerhet i rättsläget som skapades av ineffektiv lagstiftning med krav på inskrivning och besittningstagande. Det för svensk rätt speciella förhållandet att äganderättsförvärvet gjorts abstrakt i fråga om äldre nyttjanderättsupplåtelser men icke ifråga om tidigare överlåtelser, vilket i fastighetsrätten motiverats med att säkerheten i äganderättsförvärv från allmän synpunkt är viktigare än säkerheten i nyttjanderättsupplåtelser (men av mig tolkats som ett återfall i det romerska äganderättsbegreppet), har ifråga om nyttjanderätt till lös egendom närmare motiverats med att nyttjanderätter varit sällsynta och att nyttjanderättshavarnas förlust i allt fall varit liten. Synpunkten, som alltså icke förekommit i fastighetsrätten, är – alldeles bortsett från att den numera saknar stöd i de faktiska förhållandena – icke övertygande. Den kan aldrig åberopas som ett *skäl mot* att nyttjanderättshavare tillerkännes skydd mot ny ägare, endast som en förklaring till att frånvaron av skydd icke orsakat

[29] Ovan kapitel 1.
[30] Ovan kapitel 7.8 b).

allvarliga olägenheter. Den eventuellt ökade säkerheten i äganderättsförvärven är dessutom både obetydlig (framför allt om nyttjanderätterna är ovanliga och litet värda) och slumpartad, eftersom äganderättsförvärvaren kan råka ut för andra typer av dold konkurrens. När risken för osäkerhet i omsättningen åberopas som skäl mot skydd även för nyttjanderätt *med besittning* blir det hela rent befängt. – Att nyttjanderätt till lös egendom kommit att frånkännas möjlighet till skydd mot ägarens borgenärer synes vara resultatet av en generalisering med principen »köp bryter lega» som utgångspunkt. Man har menat att nyttjanderätten till följd av principen »köp bryter lega» saknar skydd mot »tredje man», således även mot ägarens borgenärer. Anförda ändamålssynpunkter, nämligen att skydd för nyttjanderätten skulle leda till förlust vid exekutiv auktion och i övrigt medföra risk för skentransaktioner, är icke övertygande. Risken för förlust vid exekutiv auktion kan icke leda längre än till en rätt för borgenärerna att lösa ut nyttjanderättshavaren, och det är svårt att förstå varför ett traditionskrav, som – i förening med återvinningsregler – anses tillräckligt för att skydda mot bedrägliga överlåtelser och pantsättningar, icke skulle kunna erbjuda ett tillfredsställande skydd mot bedrägliga nyttjanderättsupplåtelser.[31]

Några egentliga skäl mot att nyttjanderätt till lös sak tillerkännes skydd mot ny ägare och (möjlighet till skydd) mot ägarens borgenärer finns enligt min mening icke. Olägenheter med varaktiga bindningar uppkommer normalt icke här, där äganderättens funktion snarare är finansiering än omsättning. Eventuellt uppkommande olägenheter av detta slag bör också, såsom nyss utvecklats, i första hand mötas med regler om begränsning av parternas bundenhet. Jag vill därför föreslå att nyttjanderätt till lös egendom tillerkännes prioritet enligt samma principer som förvärv av äganderätt och panträtt.

Såsom förutsättning för borgenärsskydd får då givetvis krävas att nyttjanderättshavaren tagit egendomen i sin besittning och givetvis måste nyttjanderättshavarens skydd mot ny ägare underkastas samma begränsningar som andra förvärv, dvs att nye ägaren har möjlighet till godtrosförvärv på vanliga villkor.

En annan fråga är om det bör vara möjligt att i konkurrens med rätt ägare eller tidigare köpare förvärva nyttjanderätt till lös egendom genom godtrosförvärv. Enligt min mening bör detta vara möjligt. Tidigare har mot en sådan möjlighet åberopats framför allt att nyttjanderätten inte gärna kan vara skyddad mot tidigare köpare när den inte är skyddad mot senare köpare. Den synpunkten är icke längre aktuell om nyttjanderätten tillerkännes skydd mot senare köpare. Ett behov av skydd för godtroende nyttjanderättsförvärvare kan också sägas föreligga, då det för honom lätt kan uppstå ett ekonomiskt intresse i avtalets fortsatta bestånd. Intet hindrar naturligtvis att rätte ägaren eller den tidigare köparen tillerkännes lösningsrätt, liksom vid konkurrens med senare köpare, men denna lösningsrätt måste då medföra skyldighet att betala ersättning för nyttjanderättshavarens hela förlust.

[31] Ovan kapitel 7.8 d).

Oavsett vilken uppfattning man har om domstolarnas frihet att i en uppkommande tvist välja en konstruktiv lösning av problemet med tredjemansskydd för nyttjanderätt till lös egendom,[32] lär man inte kunna förneka att ett grundligt och snabbt klarläggande av nyttjanderättshavarens sakrättsliga ställning kräver lagstiftarens medverkan. Sätter man sin lit till rättspraxis måste man ha stort tålamod. Hittills har svensk rättspraxis producerat endast ett refererat rättsfall på området, som dessutom är gammalt (1905) och där utgången bestämdes av en knapp majoritet. Det skulle säkerligen komma att dröja länge innan området blev någotsånär täckt av prejudicerande rättsfall. För ett ingripande av lagstiftaren talar också den omständigheten att uttalanden i lagstiftningsmotiv utgör en betydelsefull del av det material som kan åberopas mot en modernare syn på nyttjanderättens sakrättsliga ställning.

c) Avtal om enkelt bolag

Konstruktionen i 1895 års bolagslag av det enkla bolaget som ett obligatoriskt rättsförhållande mellan bolagsmännen var resultatet av bolagskommitténs starka beroende – via det första BGB-förslaget – av det romerska societasinstitutet. I doktrinen har man dock haft svårt att acceptera konsekvenserna av denna konstruktion, framför allt den bruttometod som innebär att storleken av bolagsmans andel i bolagstillgångar vid utbrytning till förmån för tredje man beräknas utan att hänsyn tages till förekomsten av bolagsskulder.[33]

Mycket talar för att en konstruktion av det enkla bolaget som en juridisk person skulle bättre motsvara rättslivets behov. I fransk, dansk och norsk rätt är motsvarigheten till vårt enkla bolag konstruerad som en juridisk person. Även det tyska institutet »Gemeinschaft zur gesamten Hand», som fick ersätta det första BGB-förslagets regler, torde med vår terminologi utgöra en juridisk person. Bolagsborgenärerna har nämligen företräde till bolagstillgångarna framför bolagsmännens enskilda borgenärer.

Även här måste det naturligtvis vara en uppgift för lagstiftaren att ingripa med nya regler, grundade på rationella ändamålsöverväganden. Problemen har ju uppkommit genom att lagstiftaren i motiven till bolagslagen bundit rättstillämpningen vid uppfattningen av det enkla bolaget som obligatoriskt. Nog vore det naturligt om problemet uppmärksammades i samband med den pågående översyn av bolagslagen som föranletts av andra skäl.[34]

[32] Jfr ovan kapitel 7. 8 b) vid not 256.
[33] Ovan kapitel 8.6.
[34] Se ang utredningen (Ju 74:21) med uppdrag att utreda frågor om handelsbolag m m 1975 års kommittéberättelse s 140 ff.

d) Röstbindningsavtal

Enligt vad här utvecklats torde uppfattningen i svensk rätt, att avtal, varigenom aktieägare förbinder sig att rösta på visst sätt vid bolagsstämma, saknar verkan mot ny ägare av aktien, vara uttryck för direkt påverkan från den tyska rättens regler om det sakrättsliga förvärvets abstraktion.[35] Såvitt jag förstår saknas anledning att i svensk rätt här tillämpa en abstraktionsprincip, som avvisats i andra sammanhang. Risken för dold konkurrens kan inte motivera att röstbindningsavtalen fråntkännes verkan mot ny aktieägare, men det kan ju finnas andra skäl för en sådan regel. Problemet borde – tillsammans med andra frågor rörande röstbindningsavtal – vara värt lagstiftarens uppmärksamhet.[36]

e) Villkor vid gåva av fast egendom

Jordabalkens regler om villkor vid gåva av fast egendom innebär att villkor, som förbehåller givaren rätt till återkrav under mer än två år, icke gäller mot ny ägare av fastigheten, även om han känt till villkoret, samt att gåvotagaren, om villkoret icke kan göras gällande på grund av att fastigheten överlåtits, blir skyldig att till givaren betala ersättning för fastighetens värde. Varken overksamheten mot ny ägare eller den omfattande ersättningsskyldigheten för gåvotagaren synes motsvara rättslivets behov.[37]

Overksamheten mot ny ägare har hämtats från 1857 års förordning angående gåva av fast egendom. Där stadgades att givaren hade rätt till återkrav om gåvotagaren gjorde honom märklig orätt eller skada, dvs vid »otacksamhet». Återkrav kunde dock ej göras gällande om fastigheten överlåtits till ny ägare, i vilket fall gåvotagaren blev skyldig att utgiva fastighetens värde. Syftet med sistnämnda regel var uppenbarligen att skydda den nye ägaren mot dold konkurrens med givaren. Den nye ägaren hade icke någon möjlighet till godtrosförvärv och det skulle varit hårt att låta honom lida förlust, kanske till och med när gåvotagaren först efter överlåtelsen av fastigheten visat sin otacksamhet mot givaren. När givaren uppställt ett uttryckligt villkor för gåvan har en spekulant emellertid möjlighet att bedöma om han utan risk kan förvärva fastigheten, särskilt om man låter anteckna villkoret i fastighetsboken i samband med att gåvotagaren söker lagfart. Dessutom har en köpare numera vissa möjligheter till godtrosförvärv. Syftet med JB:s regel om villkorets overksamhet mot ny ägare är icke heller att skydda mot dold konkurrens utan att skydda mot att »fastigheten belägges med band», dvs varaktiga bindningar av ägarens befogenheter. För detta ändamål är overksamheten mot ny ägare ett primitivt botemedel. Här borde istället en begränsning av gåvotagarens bundenhet i tiden

[35] Ovan kapitel 8.7.
[36] Ämnet regleras icke heller i den nya aktiebolagslagen (SFS 1975:1385) som träder ikraft den 1 jan 1977.
[37] Jfr ovan kapitel 8.8 d).

ha införts, t ex en regel om giltighet av villkoret i högst tio eller tjugo år eller en möjlighet för gåvotagaren att få villkorets ändamål prövat av domstol (jfr permutationsinstitutet). En tvåårig frist förefaller i detta sammanhang alldeles för kort.

Vad beträffar gåvotagarens skyldighet att ersätta givaren fastighetens värde kan en sådan regel ha varit naturlig vid återkrav på grund av otacksamhet, men den är det inte vid brott mot uttryckliga villkor. Givarens intresse av att villkoret respekteras kan vara betydligt mindre värt än själva fastigheten. I det rättsfall från 1903, där högsta domstolen ansåg förbudet mot resolutiva villkor icke gälla gåvor, var exempelvis fråga om villkor att givaren skulle få en viss livränta från den bortgivna fastigheten. Skadeståndsskyldigheten vid brott mot ett sådant villkor måste rimligen begränsas till räntans kapitaliserade värde.

Kanske kan följande skiss till lagtext vara av något värde vid en eventuell framtida översyn av JB:s regler:

Har i samband med gåva av fast egendom givaren uppställt villkor om viss användning av fastigheten eller dess avkastning, må domstol, om det icke längre skäligen kan fordras att gåvotagaren iakttager villkoret, befria honom från detta. Befrias gåvotagaren från skyldighet att iakttaga villkor, må givaren tillerkännas ersättning för sin förlust.

f) Panträtt i fast egendom

Två företeelser i JB:s panträttsregler skall här beröras, nämligen dels den i motiven uttryckta regeln att pantförskrivning av fast egendom i form av ett inteckningsmedgivande saknar verkan mot ny fastighetsägare, dels själva panträttsbegreppet.

Bakgrunden till regeln att inteckningsmedgivandet saknar verkan mot ny fastighetsägare[38] är att söka dels i den svenska rättens regler för 1875 års inskrivningslagstiftning (vigilansprincipen), dels i beroendet vid 1875 års lagstiftning av abstraktionsprincipen i tysk och fransk rätt. I motiven till den nya JB har samma ståndpunkt motiverats med att tillräcklig specialisering av pantobjektet icke kan anses föreligga förrän inteckningsmedgivandet anknutits till visst bestämt pantbrev, samtidigt som pantförskrivning av ett redan existerande pantbrev, i likhet med pantförskrivning av lös egendom, tillskrivits verkan även mot ny ägare. Uppfattningen att pantobjektet icke är tillräckligt specialiserat förrän pantbrevet existerar kan dock icke vara riktig. Pantobjekt är icke pantbrevet utan fastigheten, och tillräcklig specialisering måste därför föreligga redan då fastigheten är angiven. Kravet på specialisering av panten lär icke ens kunna anses innebära ett krav på uttryckligt angivande av panträttens läge i förmånsrättsordningen. Om något särskilt icke sägs därom, måste man antaga att pantförskrivningen avser närmast lediga rum i förmånsrättsordningen.

[38] Ovan kapitel 6.7.

En bidragande orsak till att inteckningsmedgivandet frånkänts verkan mot ny fastighetsägare kan ha varit att det finns goda skäl att icke tillmäta tidpunkten för pantförskrivningen betydelse i förhållandet mellan flera pantborgenärer. Vid konkurrens om plats i förmånsrättsordningen skulle nämligen ett hänsynstagande till tidpunkten för pantförskrivningen kunna åstadkomma oreda i den inbördes ordningen mellan anspråken.[39] Om man frågar sig huruvida pantförskrivningen bör tilläggas verkan mot »tredje man», blir därför svaret lätt nekande. Men så får man naturligtvis inte resonera. Det vore just begreppsjurisprudens.

Såvitt jag förstår finns inte något skäl att bortse från en pantförskrivning av fast egendom i inteckningsmedgivandets form vid konkurrens med ny ägare. Varken vigilansprincipen eller abstraktionsprincipen är något att ta fasta på. Specialitetsprincipen har intet med detta att göra. Jag vill därför föreslå att man vid en eventuell framtida översyn av JB:s regler också överväger en ändrad ståndpunkt i detta avseende. Givetvis bör då regeln också komma till uttryck i själva lagtexten och icke såsom nu blott i motiven.

Möjligen finns ett visst samband mellan uppfattningen att pantförskrivning av fast egendom i form av inteckningsmedgivande icke tillmätes verkan mot »tredje man» och den nya JB:s panträttsbegrepp. Detta innebär nämligen att traditionen av ett pantbrev framhäves på bekostnad av pantförskrivningen.

Enligt lagtextens modell skall en fastighetsägare, som vill upplåta panträtt i sin fastighet, först hos inskrivningsmyndigheten anskaffa ett pantbrev, vilket utgör bevis om inteckning av visst belopp i fastigheten. Meningen är att fastighetsägaren därefter skall avtala med en kreditgivare om kredit mot säkerhet i fastigheten och i samband därmed till honom överlämna pantbrevet. Enligt lagens terminologi »upplåtes panträtt» då icke genom avtalet (pantförskrivningen) utan genom tradition av pantbrevet. Härav torde följa att man före traditionen av pantbrevet – om denna nu sker senare än avtalet – svårligen kan kalla borgenärens rätt för »panträtt», ty det kan väl icke vara meningen att det då skall föreligga en panträtt som ännu icke är »upplåten»?

Konstruktionen ger associationer till den tyska rättens lära om förvärv av sakrätt genom sakrättsligt avtal och tradition. Motiven till JB innehåller dock inte något som kan tydas i den riktningen. Snarast verkar det som om man föreställt sig att lagens panträttsbegrepp icke avviker från det rättighetsbegrepp som förekommer i andra sammanhang.[39a] Detta måste dock vara ett misstag. Med termen »upplåtelse» avses i andra sammanhang – också i JB – avtalet mellan parterna, så t ex i 7:1 JB: »Detta kapitel avser arrende ... om rättigheten upplåtits genom avtal.»

Enligt min mening bör man vid en eventuell framtida översyn av JB:s regler överväga en övergång i terminologiskt hänseende till ett mera traditionellt

[39] Ovan kapitel 6 vid not 36.
[39a] Jfr prop 1970:20 B s 255 ff.

panträttsbegrepp, där parternas avtal ställes i centrum.[40] Som det nu är kan man icke med gott samvete beteckna den rätt borgenären får genom pantförskrivningen som panträtt – och vad skall den då kallas? Här finns icke någon anledning att avlägsna sig från den terminologi som bl a användes vid pantsättning av lös egendom och i övrigt i JB. Att pantborgenärens befogenheter före traditionen av pantbrevet är begränsade bör icke tillmätas betydelse i denna rent terminologiska fråga.

g) Nyttjanderätt till fast egendom

Regler om konkurrens vid dubbeldispositioner, där förvärv av äganderätt och nyttjanderätt till fast egendom är inblandade, finns i både 7 och 17 kapitlen JB. Enligt min mening har dessa regler blivit onödigt svårtillgängliga. Detta beror dels på att reglerna uppdelats på två kapitel, dels på att man valt principen »köp bryter lega» som utgångspunkt, dels ock på att *inskrivningen* på ett missvisande sätt framställts som den avgörande faktorn i konkurrensen. Reglerna skulle bli mycket mera lättillgängliga om de formulerades i ett sammanhang utifrån den utgångspunkten att den äldre rättigheten har företräde framför den yngre, ty vad lagtexten innehåller är i själva verket regler om möjlighet till och förutsättningar för exstinktion av den äldre rättigheten till förmån för den yngre.[41] Min avsikt är att på grundval av dessa iakttagelser här skissera en ny lagtext, varvid jag dock begränsar mig till fall av konkurrens mellan nyttjanderättsupplåtelse och senare äganderättsförvärv, dvs den situation som principen »köp bryter lega» i första hand avsett. Regler om servitut och rätt till elektrisk kraft behandlas alltså icke.

I 7 kapitlet JB intresserar då följande regler:

11 § 1 st.: »Överlåtes fastighet, som besväras av nyttjanderätt . . . åligger det överlåtaren i förhållande till rättighetshavaren att vid överlåtelsen göra förbehåll om upplåtelsen, om ej inskrivning av rättigheten är beviljad. Sådant förbehåll medför att upplåtelsen gäller mot den till vilken fastigheten överlåtes.»

[40] Jfr Olivecrona i SvJT 1971 s 523 ff, som betonar inteckningsbeslutets betydelse. Inteckningsbeslutet är naturligtvis avgörande för förmånsrätten men behöver icke vara det i övrigt.

[41] Lagen talar här icke om godtrosförvärv utan om »företräde på grund av inskrivning». Kanske beror detta på att 17:6, som avser konkurrens om förmånsrätten, icke innehåller ett godtroskrav. Enligt min mening borde man dock vid dubbelförsäljning och liknande situationer, t ex när nyttjanderätt står mot äganderättsförvärv, kunna tala om godtrosförvärv. Så gör man ifråga om lös egendom och så bör man kunna göra i fastighetsrätten. – Det bör observeras att den inskrivning som enligt 17 kapitlets rubrik ger företräde är den godtroende förvärvarens inskrivning av sitt fång, medan den inskrivning som avses i 18 kapitlets rubrik »Godtrosförvärv på grund av inskrivning . . .» är *överlåtarens* lagfart. – Tekniken att framställa inskrivningen som avgörande för företrädet och sedan göra undantag för fall där den yngre konkurrenten är i ond tro torde vara ett arv från den preussiska rätten.

13 § 1 st.: »Även om förbehåll ej skett, gäller upplåtelse som avser arrende eller hyra mot ny ägare av fastigheten, om upplåtelsen skett genom skriftligt avtal och tillträde ägt rum före överlåtelsen.»

14 §: »I annat fall än som avses i 11–13 §§ gäller upplåtelsen mot den till vilken fastigheten överlåtits endast om upplåtelsen enligt 17 kap. äger företräde framför överlåtelsen på grund av inskrivning eller den nye ägaren vid överlåtelsen ägde eller bort äga kännedom om upplåtelsen.

Överlåtes vid arrende eller hyra fastigheten efter rättighetshavarens tillträde och gäller enligt 11–13 §§ upplåtelsen ej mot den nye ägaren, skall upplåtelsen likväl bestå mot honom, om han ej uppsäger avtalet inom tre månader från överlåtelsen.»

I 17 kapitlet är följande regler aktuella:

1 §: »Har fast egendom överlåtits eller nyttjanderätt . . . upplåtits i egendomen till flera var för sig, har det förvärv för vilket inskrivning först sökes företräde, om ej annat följer av 2 . . . §.

2 § 3 st.: »Överlåtelse har ej på grund av inskrivning företräde framför sådan upplåtelse av nyttjanderätt . . . som enligt 7 kap. gäller mot förvärvaren.»

4 § 1 st.: »Sökes på samma inskrivningsdag inskrivning av flera förvärv, har de sinsemellan företräde efter den tidsföljd i vilken de ägt rum. Överlåtelse av fast egendom har dock företräde framför upplåtelse av nyttjanderätt . . . om ej annat följer av 7 kap.»

Huvudstadgandet finns uppenbarligen i 7:14 1 st., där principen »köp bryter lega» underförstått kommer till uttryck. Såsom tidigare påpekats innebär den där uttryckta regeln, som säger att nyttjanderätten inte gäller mot ny ägare men gör undantag för fall där nye ägaren är i ond tro, precis detsamma som en regel som säger att nyttjanderätten gäller mot nye ägaren men gör undantag för fall där nye ägaren är i god tro.[42] Användes sistnämnda utgångspunkt kan regeln skrivas om på följande sätt:

Har fast egendom belastats med nyttjanderätt och sedan överlåtits, är nye ägaren inte bunden av nyttjanderätten, där han var i god tro vid sitt förvärv.

Godtroskravet gör förbehållsregeln överflödig.

Såsom framgår av en jämförelse mellan reglerna i 7 och 17 kapitlen är god tro emellertid inte i alla situationer det enda som krävs för att ny ägare skall få skydd mot den äldre nyttjanderätten. Om nyttjanderätten kan inskrivas – och förbud mot inskrivning är giltigt blott vid arrende och hyra, i övrigt kan nyttjanderätten inskrivas – måste nye ägaren också söka inskrivning senast samtidigt med nyttjanderättshavaren för att han skall slippa respektera nyttjanderätten. Lagtexten får därför kompletteras på följande sätt:

[42] Ovan kapitel 7.7 e).

Har fast egendom belastats med nyttjanderätt och sedan överlåtits, är nye ägaren inte bunden av nyttjanderätten, där han var i god tro vid sitt förvärv och, då rättigheten kan inskrivas, sökt inskrivning före eller samtidigt med rättighetshavaren.

Med den utgångspunkt som här valts framstår reglerna om besittningsskydd för arrendatorer och hyresgäster som en begränsning av godtroende ny ägares möjlighet till exstinktion av nyttjanderätten. Dessa regler kan lämpligen sammanskrivas med kravet på uppsägning inom tre månader från överlåtelsen, som är en särskild förutsättning för att exstinktion skall inträda. Som ett andra stycke kan därför till den här skisserade lagtexten fogas följande:

Upplåtelse av arrende och hyra skall dock alltid gälla mot nye ägaren, om tillträde skett före överlåtelsen och antingen rättigheten grundas på skriftligt avtal eller nye ägaren underlåtit att inom tre månader från överlåtelsen uppsäga avtalet.

Innan den sålunda erhållna skissen till ny lagtext presenteras i sin helhet vill jag tillägga att jag för min del skulle vilja rekommendera att man tog bort det företräde för äganderättsförvärvet vid samtidig ansökan om inskrivning som nu följer av 17:4 1 st. 2 p. Detta företräde är en kvardröjande konsekvens av den i övrigt avskaffade principen »köp bryter lega».[43] Den lagtextskiss som enligt min mening på ett mera lättillgängligt sätt uttrycker de regler som ovan citerats, ser alltså, efter den sistnämnda ändringen i innehållet, ut på följande sätt:

Har fast egendom belastats med nyttjanderätt och sedan överlåtits, är nye ägaren inte bunden av nyttjanderätten, där han var i god tro vid sitt förvärv och, då rättigheten kan inskrivas, sökt inskrivning före rättighetshavaren.
Upplåtelse av arrende och hyra skall dock alltid gälla mot ny ägare, om tillträde skett före överlåtelsen och antingen rättigheten grundas på skriftligt avtal eller nye ägaren underlåtit att inom tre månader från överlåtelsen uppsäga avtalet.

[43] Jfr ovan kapitel 7.7 cd).

ZUSAMMENFASSUNG

DER SCHUTZ OBLIGATORISCHER RECHTE GEGENUEBER DRITTEN

Eine Studie über das Prinzip »Kauf bricht Miete» und die Unterscheidung von Sachenrechten und obligatorischen Rechten

Im *1. Kapitel* werden die in der Abhandlung untersuchten Probleme präsentiert. Eine im schwedischen Zivilrecht viel diskutierte Frage ist, welche Stellung dem Mieter beweglicher Güter im Verhältnis zu Dritten, insbesondere gegenüber Käufern und Gläubigern des Vermieters, zukommt. In der älteren Lehre hat man – nach dem Vorbild des deutschen Rechts – in dem Mietrecht ein obligatorisches Recht gesehen. Da sich im schwedischen Recht kein allgemeiner Besitzschutz obligatorischer Rechte an beweglichen Sachen herausgebildet hatte, war der Mieter im Verhältnis zu Dritten ganz ungeschützt. Eine weitere Folge war, dass kein gutgläubiger Erwerb des Mietrechts vom Nichtberechtigten zugelassen wurde. Dies wurde vor allem durch eine Analogie zu dem damals im Liegenschaftsrecht herrschenden Prinzip »Kauf bricht Miete» begründet. Eine gewisse Stütze hat diese Auffassung teils durch die Rechtspraxis (1905), teils durch die Gesetzgebung, u.a. über testamentarisch zugewendetes Mietrecht (1930), bekommen. Im letzterwähnten Zusammenhang wurde jedoch – einer Rechtspraxis betreffend die Verpfändung beweglicher Sachen zufolge – geltend gemacht, dass ein Käufer das Mietrecht, das er wirklich gekannt, nicht nur hätte kennen sollen, respektieren musste.

In der modernen Lehre haben sich dagegen verschiedene Verfasser für einen erweiterten Schutz des Mietrechts im Verhältnis zu Dritten ausgesprochen. Massgeblich ist hierbei, dass die Miete beweglicher Güter heutzutage praktisch eine grössere Rolle spielt, vor allem im Zusammenhang mit dem »leasing» von Kapitalgütern und dem Zeitcharter von Schiffen, so dass ein Schutzbedürfnis für diesen Rechtstypus vorliegt. Herrschende Meinung dürfte jedoch immer noch sein, dass der Mieter keinen Schutz gegen Dritte hat, vielleicht mit Ausnahme eines Käufers, dem das Mietrecht bei Abschluss des Kaufvertrages bekannt war.

Das Interesse, das die erwähnte Frage in der modernen Lehre gefunden hat, gab mir Anlass, die Gründe der herrschenden Auffassung zu untersuchen, also das Prinzip »Kauf bricht Miete» und die Einteilung der Rechte in Sachenrechte und obligatorische Rechte. Da beide Erscheinungen ihre Wurzeln im römischen Recht haben und sich seit dem Mittelalter vor allem im deutschen und französischen Recht entwickelt haben, musste die Abhandlung sowohl geschichtlich als auch komparativ ausgerichtet werden. Neben dem französischen und neben dem deutschen Recht, in dem die Einteilung in Sachenrechte und obligatorische Rechte zum Äussersten getrieben wurde und immer noch eine erhebliche Rolle spielt, werden Dänemark und Norwegen einbezogen. Im

dänischen und norwegischen Recht hat man sich im 20. Jahrhundert von der Systematik und den Prinzipien des deutschen Rechts fast völlig freigemacht. Während also das deutsche Recht in diesem Zusammenhang das eine Extrem darstellt, stehen das dänische und norwegische Recht auf der Gegenseite, während das französische und das schwedische Recht eine Mittelstellung einnehmen.

Im *2. Kapitel* wird eine kurzgefasste allgemeine Orientierung über die Rechtsentwicklung in Frankreich und Deutschland gegeben, besonders über die Rezeption des römischen Rechts. Dies ist als Hintergrund für die geschichtlichen Teile der Abhandlung gedacht.

Im *3. Kapitel* wird ein Bericht über die geschichtliche Entwicklung der Begriffe „Sachenrecht" und „obligatorisches Recht" erstattet. Beide Begriffe gehen auf das römische Recht zurück. Im klassischen römischen Recht hatte man jedoch keine Vorstellung von subjektiven Rechten im modernen Sinne. Sowohl dominium (Eigentumsrecht) als auch obligatio (Verpflichtung) erfasste man als ein metaphysisches Machtverhältnis. Dominium war eine Macht über eine Sache, obligatio entsprach einer Macht über eine Person. Dominium gab dem Eigentümer eine actio in rem, d.h. eine Klage gegen jeden Besitzer der Sache. Dominium wurde auf einen neuen Eigentümer durch rituelle Uebertragung des juristischen Besitzes – possessio – übertragen, was üblicherweise durch (wirkliche oder vorgebliche) Uebergabe geschah. Beim Kauf erwarb der Käufer durch den Kaufvertrag kein Recht an der Sache selbst, sondern bloss einen persönlichen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Verkäufer, der durch eine actio in personam geltend gemacht wurde. Ein Käufer hatte also kein Recht zur Naturaleistung, sondern musste sich mit Schadenersatz begnügen, falls der Verkäufer den Kauf nicht durchführen wollte. Bei Miete erhielt der Mieter, trotz des physischen Besitzes (detentio), kein possessio und er konnte deshalb nicht verhindern, dass der Eigentümer willkürlich die Sache zurückzog oder, ohne Rücksicht auf das Mietrecht, anderweitig verkaufte. Der Mieter erhielt in solchen Fällen nur einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Vermieter, hatte aber kein Recht, die Sache zu behalten.

Im klassischen römischen Recht war dominium das einzige Sachenrecht, d.h. das einzige Recht, das eine actio in rem gab. In spätklassicher Zeit haben sich neben dem dominium gewisse Dienstbarkeiten und das Pfandrecht zu Sachenrechten in der erwähnten Bedeutung ausgebildet. Kennzeichnend für diese neuen Sachenrechte scheint gewesen zu sein, dass sie entweder einen dauerhaften Zweck hatten, wie superficies und ususfructus (vgl. dominium utile in der späteren Rechtsentwicklung), oder ablösbar und deshalb nicht dauernd waren, wie das Pfandrecht.

Die Glossatoren und die Postglossatoren bewahrten den Sachenrechtsbegriff, verwandelten aber den Obligationsbegriff aus einer Macht über die Person (den Schuldner) zu einer indirekten oder mittelbaren Macht über die Sache, nämlich einer durch die Person des Schuldners vermittelten Macht.

Im Naturrecht verwandelten sich sowohl der Obligationsbegriff als auch der

Sachenrechtsbegriff. Unter dem Einfluss des neu entwickelten Begriffes „subjektives Recht" und einer Lehre, die in jedem Recht das Gegenstück einer Verpflichtung sah, verwandelte sich die obligatio aus einer mittelbaren Macht über die Sache zu einem Recht gegen die Person des Schuldners. Gleichzeitig machte man im deutschen Recht einen Unterschied zwischen obligatio und dem vorher synonym gebrauchten Begriff „ius ad rem", so dass obligatio nur die Gattungsschuld bezeichnete, während ius ad rem für Speziesforderungen reserviert wurde.

Die Auffassung des römischen Rechts vom dominium als einer metaphysischen Macht über eine Sache wurde im 18. Jahrhundert – im Zusammenhang mit der Entwicklung des Begriffes subjektives Recht – durch einen Eigentumsbegriff ersetzt, für den kennzeichnend war, dass die Befugnisse des Eigentümers auf mehrere Personen aufgeteilt werden konnten. Eine solche Aufteilung verschiedener Befugnisse auf mehrere Personen war für das feudale germanische Recht charakteristisch. Mit diesem Eigentumsbegriff war es möglich, alle Rechte als Sachenrechte zu betrachten, sobald der Berechtigte Besitz erlangt hatte. Diese Auffassung kam in der gleichzeitig im deutschen Recht entwickelten Lehre vom Rechtserwerb durch titulus und modus acquirendi zum Ausdruck. Durch den Titel (meist ein Vertrag) wurde, wenn der Vertrag sich auf eine individuell bestimmte Sache bezog, ein ius ad rem erworben. Das ius ad rem gab Schutz gegen den bösgläubigen späteren Erwerber. Durch den Modus (meist: Uebergabe) wurde ein ius in re (Sachenrecht) erworben. Kennzeichnend für das Sachenrecht war nach dieser Lehre, die in das Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten (1794) aufgenommen wurde, die der actio in rem entliehene Eigenschaft, gegen jedermann wirksam zu sein, d.h. der Rechtsschutz dem Dritten gegenüber.

In der historischen Schule erlebte der römische Eigentumsbegriff eine Renaissance. Das Sachenrecht wurde nun als eine unmittelbare Macht über eine Sache definiert, die gegen jeden geltend gemacht werden konnte. Als entscheidendes Kriterium sah man dabei die unmittelbare Macht über eine Sache an. Der Rechtsschutz dem Dritten gegenüber wurde als eine Konsequenz dieser Macht aufgefasst. Zusammen mit den sogenannten Familienrechten, in denen man auch gegen jedermann wirksame Rechte sah, wurden die Sachenrechte nun als absolute Rechte bezeichnet, im Gegensatz zu den bloss relativen obligatorischen Rechten, die, wie man sagte, nur gegen den Schuldner wirksam waren. Wie erwähnt, erfasste man das obligatorische Recht nicht mehr als eine mittelbare Macht über eine Sache, sondern als ein Recht gegenüber einer Person. Hinzu kam, dass nicht mehr die Sache, die geleistet werden sollte, sondern die Handlung des Schuldners als Objekt des obligatorischen Rechts angesehen wurde. Das obligatorische Recht wurde ein Recht, von einer Person eine Handlung zu fordern. Diese Lehre beschrieb also das Sachenrecht als ein Rechtsverhältnis zwischen einer Person und einer Sache, das obligatorische Recht als ein Rechtsverhältnis zwischen Personen. – Im gegensatz zur älteren Auffassung, nach der jedes Recht, das mit Besitz verbunden wurde, ein

Sachenrecht war, entwickelte sich die Lehre vom numerus clausus der Sachenrechte.

Im Anschluss an diese Begriffs- und Theoriebildung bildete sich der grundlegende systematische Unterschied zwischen Sachenrecht und Obligationenrecht (Schuldrecht) heraus, vollendet durch die Lehre vom abstrakten dinglichen Vertrag. Bei der Uebertragung beweglicher Güter verband man mit der Uebergabe zwei Willenserklärungen (das Eigentumsrecht zu übertragen bzw. zu empfangen), die zusammen einen Vertrag darstellten, den dinglichen Vertrag. Bei der Uebertragung von Liegenschaften entsprachen der Uebergabe die Auflassungserklärung und Eintragung in das Grundbuch. Im Gegensatz zum schuldrechtlichen Vertrag, der die Parteien nur „verpflichtete", das Eigentumsrecht zu übertragen, sollte der dingliche Vertrag das Eigentumsrecht vom Verkäufer auf den Käufer übertragen. Die Abstraktion des dinglichen Vertrages bedeutete, dass seine Gültigkeit unabhängig von der Gültigkeit des schuldrechtlichen Vertrages war. Zu den für einen Käufer unerheblichen Umständen gehörte u.a. dass der Verkäufer sich schon verpflichtet hatte, das Eigentum einem anderen zu verkaufen. – Bald sah man im Abstraktionsprinzip ein Mittel, Streitigkeiten zu vermeiden und Sicherheit im Verkehr zu erzielen.

Diese Theorie der historischen Schule hat durch das BGB Eingang in das moderne deutsche Recht gefunden.

In Frankreich hat die Begriffsbildung der historischen Schule unter der Bezeichnung „la doctrine classique" grossen Einfluss gehabt. Kennzeichnend für das Sachenrecht ist nach dieser doctrine classique, dass es mit dem "droit de suite" und dem "droit de préférence" Dritten gegenüber ausgerüstet ist. Unter droit de suite versteht man das Vindikationsrecht, d.h. das Recht, die Sache von jedermann zurückzufordern. Droit de préférence bezieht sich teils auf den Vorrang der Sachenrechte vor den obligatorischen Rechten im Konkurs, teils auf die Eigenschaft der Sachenrechte, dass bei gegenseitiger Konkurrenz ein älteres Recht vor einem jüngeren Vorrang hat.

Besonders gegen Ende des 19. Jahrhunderts führte die Anwendung einer Verpflichtungslehre dazu, dass man das Sachenrecht als Gegenstück zu einer „passiven universellen Obligation" erfasste. Entsprach das obligatorische Recht einer Verpflichtung des Schuldners, so erfasste man jetzt im Sachenrecht die Verpflichtung eines jeden, das Recht zu respektieren. Dabei kritisierte man die Auffassung, dass das Sachenrecht ein Rechtsverhältnis zwischen einer Person und einer Sache sei. Verschiedene Varianten solcher „personalistischen" Theorien kamen vor. Einige Verfasser bestritten die Zweckmässigkeit einer Aufteilung der Rechte in Sachenrechte und obligatorische Rechte. So Demogue, der meinte, dass der Gesetzgeber das eine oder das andere Recht stärker oder schwächer ausgestalten könnte. Demogue unterschied auch die "sécurité statique", die den Schutz des älteren Rechtsbesitzers gegenüber dem jüngeren Konkurrenten bedeutete, von der "sécurité dynamique", die den Schutz des jüngeren Rechtsbesitzers gegenüber dem älteren umfasste. Andere nahmen einen vermittelnden Standpunkt ein. Man betrachtete das Verhältnis zwischen Person und

Sache als die innere Seite und das Verhältnis zum Dritten als die äussere Seite des Sachenrechts.

Die herrschende Auffassung in Frankreich dürfte hauptsächlich die Begriffe der doctrine classique akzeptieren.

Im älteren dänischen und norwegischen Recht spielte die Einteilung in Sachenrechte und obligatorische Rechte eine grosse Rolle. Bis weit in das 20. Jahrhundert hinein gab es dort Fürsprecher für den absoluten Sachenrechtsbegriff und die Lehre vom abstrakten dinglichen Vertrag. In der Hauptsache ist jedoch die Entwicklung im 20. Jahrhundert durch eine von der dänischen Lehre ausgehende ausgeprägte Relativierung des Eigentums- und Sachenrechtsbegriffs gekennzeichnet. Diese Relativierung hat zur Folge, dass man sich beinahe ganz von der Einteilung der Rechte in Sachenrechte und obligatorische Rechte freigemacht hat. Dies betrifft vor allem den Eigentumsübergang beim Kauf. Man fragt nicht mehr nach dem Zeitpunkt des Eigentumsübergangs, sondern versucht, jedes hiermit zusammenhängende Problem für sich aus Zweckmässigkeitsgründen zu lösen. Hierbei hat man in der Distinktion zwischen Sachenrechten und obligatorischen Rechten vorwiegend den Ausdruck der verschiedenen Behandlung individuell und der Gattung nach bestimmter Ansprüche gesehen. Man hat festgestellt, dass es Prinzipien gibt, nach welchen verschiedene Forderungskonkurrenzen aufgelöst werden. Bei Konkurrenz individuell bestimmter Ansprüche wird dem älteren Anspruch nach dem sog. Prioritätsprinzip der Vorrang gegeben. Bei Konkurrenz individuell und der Gattung nach bestimmter Ansprüche im Konkurs hat der individuell bestimmte Anspruch nach dem sog. Präferenzprinzip Vorrang. Bei Konkurrenz der Gattung nach bestimmter Ansprüche, die ebenfalls nur im Konkurs vorkommt, wird den Gläubigern nach dem sog. Konkurrenzprinzip eine proportionale Zuteilung aus der Masse im Verhältnis der Höhe ihrer Forderungen gegeben.

In der schwedischen Lehre sind die Begriffe Sachenrecht und obligatorisches Recht seit dem 17. Jahrhundert aufgekommen. Der deutsche Einfluss ist gross gewesen, nicht zuletzt im 19. Jahrhundert, wo sich die Tendenz zu einem absoluten Sachenrechtsbegriff geltend machte. Der absolute Sachenrechtsbegriff wurde jedoch 1875 bei Erlass der Eintragungsgesetze im Prinzip abgewiesen. Im 20. Jahrhundert hat die dänische Lehre grossen Einfluss gewonnen. In der Hauptsache herrscht jetzt ein relativer Rechtsbegriff. Auf der Grundlage der faktisch geltenden Regeln sind die Rechte jedoch in der modernen Lehre im Hinblick auf den Schutz gegen Dritte in "starke" und "schwache" Rechte eingeteilt worden.

Im *4. Kapitel* wird über die Theorie vom numerus clausus der Sachenrechte berichtet, die sich im 19. Jahrhundert entwickelte und die ältere Auffassung, nach der jedes mit dem Besitz verbundene Recht ein Sachenrecht war, ablöste. Sie stützte sich teils auf die römischrechtliche Orthodoxie der historischen Schule, teils auf eine Reaktion gegen das feudale Grundstücksrecht, dessen ewige oder langdauernde Nutzungsrechte und Lösungsrechte im Gegensatz zu den

Forderungen der Zeit nach "Freiheit im Verkehr" und "Freiheit des Eigentums" standen. Dabei hat die Einteilung in Sachenrechte und obligatorische Rechte drei zentrale Funktionen.

Erstens soll sie den Verschiedenheiten in der Behandlung individuell und der Gattung nach bestimmter Ansprüche Ausdruck geben. Der Gattung nach bestimmte Ansprüche werden immer als obligatorisch betrachtet. Die Grenze zwischen individuell und der Gattung nach bestimmten Ansprüchen wurden in der deutschen Lehre des 18. Jahrhunderts durch die Distinktion zwischen ius ad rem und obligatio, die früher synonyme Begriffe waren, gezogen, und sie ist in der modernen nordischen Lehre durch die Bestimmung des Begriffes "Forderungsrecht" zum Ausdruck gekommen. Während ius ad rem individuell bestimmte Ansprüche (vor der Uebergabe) bezeichnen sollte, sind obligatio und Forderungsrecht für der Gattung nach bestimmte Ansprüche reserviert worden.

Zweitens soll die Einteilung in Sachenrechte und obligatorische Rechte verhindern, dass die Beweglichkeit des Eigentums durch langdauernde Bindungen, beispielsweise durch Vermietung, beeinträchtigt wird. Dahinter liegt ein nationalökonomischer Gedanke: die Wirtschaftsgüter müssen so flüssig gehalten werden, dass sie durch die Marktkräfte schnell genug zu der Verwendung umdirigiert werden können, die die grösste Rentabilität gibt. Ist der Zugang zum Eigentum beschränkt und ist das Eigentum für lange Zeit gebunden, können leicht Schwierigkeiten entstehen, zugängliches Eigentum für neue Bedürfnisse zu finden. Das Bedürfnis nach "Freiheit im Verkehr" und "Freiheit des Eigentums" soll dadurch befriedigt werden, dass das Eigentum ohne Belastung mit obligatorischen Rechten verkauft werden kann. Vorwiegend in dieser Funktion ist die Theorie vom numerus clausus der Sachenrechte aktuell.

Drittens soll die Einteilung der Rechte der Sicherheit im Rechtsleben (im Verkehr) dienen. Hier sind es nicht die Formulierung der Ansprüche oder der materielle Inhalt der Rechte, die für die Klassifizierung als Sachenrechte oder obligatorische Rechte entscheidend werden, sondern Umstände wie Besitznahme und Eintragung ins Grundbuch. Nach dieser Einteilung kann sogar der Vertrag über den Erwerb des Eigentumsrechts ein obligatorisches Recht begründen, nämlich bevor der Erwerber die Sache in Besitz nimmt oder sein Recht eintragen lässt. – Das Streben nach Sicherheit im Verkehr bedeutet zweierlei: der Vollstreckungsgläubiger soll davor geschützt werden, dass der Schuldner durch Kollusion mit nahestehenden Personen das Eigentum der Vollstreckung durch Scheintransaktionen o. dgl. zu entziehen versucht; der Erwerber soll vor verborgenen Rechten des Eigentümers oder eines früheren Erwerbers bewahrt werden.

Im *5. Kapitel* wird der Erwerb des Eigentums behandelt, des näheren gewisse Konkurrenzfragen beim Kauf. Hier wird berichtet, wie die Regeln zum Schutz der Sicherheit im Rechtsleben – also zum Schutz der Gläubiger vor Scheintransaktionen o.dgl. und zum Schutz der Erwerber vor verborgenen Rechten – besonders im deutschen Recht in ein System mit dem Erwerb des Sachenrechts (= gegen den Dritten geschütztes Recht) durch Uebergabe oder Eintragung

eingeordnet wurden. Besonders berücksichtigt wird das Abstraktionsprinzip, das die im 18. Jahrhundert entwickelte Technik, den *gutgläubigen* Erwerber mit Besitz oder Eintragung zu schützen, im 19. Jahrhundert weitgehend ersetzte. Nur beim Erwerb vom Nichtberechtigten, z.B. von einem Mieter, der sich als Eigentümer ausgibt, ist im deutschen Recht die Forderung nach gutem Glauben erhalten geblieben.

In der deutschen Lehre sind die Meinungen über den Wert der Abstraktion geteilt. In der Praxis scheint man sie teilweise durch eine extensive Anwendung der Ausnahmeregeln (z.B. Wucher) und der Regeln über den Schadenersatz bei Kollusion (§ 826 BGB) umgangen zu haben. Die Schadenersatzregeln werden so angewendet, dass der spätere Erwerber verpflichtet werden kann, das Eigentum in natura herauszugeben.

In den übrigen hier behandelten Rechtsordnungen wurde die Sicherheit im Rechtsleben auf eine weniger dogmatische Weise gewährleistet, d.h. ohne dieselbe starke Anknüpfung an den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs, aber gleichzeitig auch weniger konsequent und mit vielen Variationen.

Im französischen Recht, nach dem ein Käufer schon durch den Vertrag („solo consensu") Eigentum erwirbt, gibt es einen gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen vom Nichtberechtigten. Im Liegenschaftsrecht wird aber kein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten anerkannt. Beim Doppelverkauf hat ein späterer Käufer beweglicher Sachen die Möglichkeit des Erwerbs im guten Glauben, während im Grundstücksrecht das Abstraktionsprinzip herrscht. Praktisch wird aber auch beim Doppelverkauf von Grundstücken guter Glaube des Käufers verlangt. Dazu kommt man teils durch eine extensive Anwendung der Regeln über Betrug (= Kollusion), die zur Ungültigkeit des späteren Kaufes führt, teils dadurch, dass der bösgläubige spätere Käufer verpflichtet wird, als Schadenersatz die Sache in natura herauszugeben. Die Folge ist, dass der gutgläubige Käufer und der gutgläubige Nachfolger des Käufers geschützt sind, während der bösgläubige Käufer und die bösgläubigen Nachfolger trotz der Abstraktion verpflichtet sind, das Grundstück dem ersten Käufer herauszugeben. Bei Erwerb beweglicher Sachen ist der Käufer gegenüber den Gläubigern des Verkäufers schon durch den Vertrag geschützt. Im Grundstücksrecht ist jedoch die Eintragung erforderlich.

Im dänischen und norwegischen Recht, in dem man nicht mehr nach dem Zeitpunkt des Eigentumsübergangs fragt, ist im Grundstücksrecht gutgläubiger Erwerb durch Eintragung möglich, während die Besitznahme in gutem Glauben im Fahrnisrecht nicht dieselbe Bedeutung hat. Vor allem wird die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen vom Nichtberechtigten nicht zugegeben. Schutz gegenüber den Gläubigern des Verkäufers erwirbt der Käufer des Grundstücks durch die Eintragung, der Käufer beweglicher Sachen schon durch den Vertrag. Die Neigung der älteren Lehre zu dem Abstraktionsprinzip ist heute ganz überwunden.

Im schwedischen Recht, in dem auch nicht mehr nach dem Zeitpunkt des Eigentumsübergangs gefragt wird, ist der gutgläubige Erwerb durch Besitznahme

im Fahrnisrecht und bei Doppelverkauf – durch Eintragung – im Grundstücksrecht anerkannt. Vor einiger Zeit wurde auch die Möglichkeit des sofortigen gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten im Liegenschaftsrecht eingeführt, jedoch ohne Forderung nach Eintragung des gutgläubigen Erwerbers. Bezüglich des Gläubigerschutzes ist das schwedische Recht insofern inkonsequent, als man im Fahrnisrecht eine – international gesehen – einzigartig strenge Traditionsforderung aufstellt, wenn der Käufer vor den Gläubigern des Verkäufers geschützt sein soll, während der Käufer eines Grundstücks schon aufgrund des Kaufvertrages vor den Gläubigern des Verkäufers geschützt wird. Die Forderung nach Uebergabe ist mit Zweckmässigkeitsgesichtspunkten, nicht durch die Vorstellung eines Eigentumsübergangs durch Uebergabe, begründet worden. Gewisse Tendenzen zur Abstraktion des Eigentumserwerbs an Liegenschaften wurden durch die Eintragungsgesetze des Jahres 1875 abgeschnitten. Bezüglich des Erwerbs beweglicher Sachen scheint sich nur Sjögren (1914) für die Abstraktion ausgesprochen zu haben.

Im *6. Kapitel* wird der Erwerb des Pfandrechts behandelt, und zwar die Wirkung des Verpfändungsvertrages gegenüber jüngeren Pfandgläubigern und einem neuen Eigentümer. Hier wird berichtet, wie auch das Pfandrecht in das System des Erwerbs durch Besitznahme und Eintragung eingeordnet und der abstrakte dingliche Pfandrechtserwerb entwickelt wurde. – Schon in spätklassischer Zeit entwickelte sich im römischen Recht die Regel, dass öffentlichen Verpfändungen das Vorzugsrecht vor stillen Verpfändungen zuerkannt wurde. Die Publizität gab dem Gläubige den Schutz vor wirklicher oder vorgeblicher Konkurrenz mit verborgenen Rechten. Bei der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland wurden die öffentlichen römischen Verpfändungen mit dem germanischen Eintragungssystem identifiziert, so dass dem eingetragenen Pfandrecht das Vorzugsrecht vor stillen Verpfändungen gegeben wurde. Dadurch wurde also dem Pfandvertrag das Vorzugsrecht aberkannt. Die Rechtslage war jedoch lange unsicher, vor allem wegen der Mängel im Eintragungswesen, und der Vorrang der öffentlichen Verpfändungen vor den stillen wurde erst in der Mitte des 19. Jahrhunderts verfestigt. – Nach dem Preussischen Allgemeinen Landrecht sollte das Pfandrecht das Vorzugsrecht von der Zeit der Besitznahme oder der Eintragung an haben. Die Verpfändung begründete, meinte man anfangs, ein ius ad rem, weshalb der neue Eigentümer durch den Pfandvertrag, von dem er bei seinem Erwerb wusste, gebunden war. Dies änderte sich jedoch durch die Abstraktion des sachenrechtlichen Pfandrechts von dessen schuldrechtlichem Titel, die sich in der preussischen Praxis in den vierziger Jahren des 19. Jahrhunderts durchsetzte. – Im modernen deutschen Recht wird das Pfandrecht, ebenso wie das Eigentumsrecht, durch den abstrakten dinglichen Vertrag und Uebergabe bzw. Eintragung in das Grundbuch erworben.

Im französischen Recht hat sich der Pfandrechtserwerb an Liegenschaften – seit 1855 parallel zu dem Erwerb des Eigentumsrechts – zu einem abstrakten Erwerb entwickelt, bei dem man den Zeitpunkt des Verpfändungsvertrages nicht berücksichtigt. Das Pfandrecht an beweglichen Sachen entsteht nach dem

römischen Muster durch Uebergabe; der Pfandvertrag wird als ein Realvertrag aufgefasst.

Im dänischen und norwegischen Recht hat man dagegen dem Pfandvertrag Wirkung sowohl anderen Pfandgläubigern als auch einem neuen Eigentümer gegenüber zuerkannt.

Im schwedischen Liegenschaftsrecht hat man früher, d.h. vor 1875, gemeint, dass der Pfandvertrag im Verhältnis zu Dritten keine Bedeutung habe. Dies wurde so ausgedrückt, dass der Pfandgläubiger das Sachenrecht erst durch die Eintragung erhielt. In dieser Zeit konnte die Eintragung erfolgen, ohne dass der Schuldner sein Grundstück verpfändet hatte. Erst im Jahre 1875 wurde ein vorheriger Pfandvertrag eingeführt. Hierbei hat man aber – wahrscheinlich unter dem Einfluss des im deutschen und französischen Recht anerkannten Abstraktionsprinzips – die Regel bewahrt, dass die Verpfändung vor der Eintragung nicht gegenüber Dritten (auch nicht gegenüber einem neuen Eigentümer, der von ihr wusste) wirksam war. Dadurch erhielt also das schwedische Recht einen „absoluten" Pfandrechtsbegriff im Grundstücksrecht. Die Rechtslage ist immer noch dieselbe, wenn eine Verpfändung geschieht, ehe ein Pfandbrief ausgestellt wird, während die Verpfändung von Liegenschaften aufgrund schon bestehender Pfandbriefe vom neuen Eigentümer respektiert werden muss. Die letztgenannte Regel beruht darauf, dass die Rechtspraxis bei der Verpfändung beweglicher Sachen einen bösgläubigen neuen Eigentümer schon vor der Uebergabe an den Pfandgläubiger als verpflichtet angesehen hat, die Verpfändung zu respektieren. In der Lehre hat man allerdings versucht, die Anforderungen an den guten Glauben dadurch zu reduzieren, dass nur faktische Kenntnis, nicht Nachlässigkeit, dem neuen Eigentümer schadet.

Bei Feststellung der Wirkung des Pfandvertrages gegen einen neuen Eigentümer ist eine übereilte Analogie zu der Wirkung gegen andere Pfandgläubiger nicht erlaubt. Dass dem Pfandvertrag keine Wirkung bei Konkurrenz zwischen zwei Pfandgläubigern zugemessen wird, hat nicht nur seine geschichtliche Erklärung in dem Kampf zwischen germanischen eingetragenen Hypotheken und römischen stillen Hypotheken, sondern auch einen rationalen Grund, nämlich das Risiko einer relativen Rangordnung, in der z.B. A ein besseres Recht als B, aber ein schlechteres als C hat, während B ein besseres Recht als C hat. Hier geht es nur um den Vorrang in der Zwangsvollstreckung. Bei Konkurrenz zwischen Pfandgläubiger und neuem Eigentümer ist die Lage jedoch anders. Der Vorzug des neuen Eigentümers bedeutet dann, dass das Pfandrecht gar nicht geltend gemacht werden kann. Diese Konkurrenzfälle sind eher mit dem Doppelverkauf verwandt als mit der Konkurrenz zwischen zwei Pfandgläubigern. Eine Analogie zu den Regeln über die Konkurrenz zweier Pfandgläubiger ist deshalb nicht berechtigt.

Zuletzt wird im 6. Kapitel eine Beurteilung des Abstraktionsprinzips gegeben. Die gängige Begründung, dass die Forderung nach gutem Glauben zu Unsicherheit und Streitigkeiten führen könne, wird abgelehnt. Uebertriebene Besorgnisse vor Streitigkeiten sind auf das viele Prozessieren zurückzuführen, das in älterer

Zeit vorkam, vorwiegend als Resultat der stillen und generellen Verpfändungen nach römischem Recht. Die Ungewissheit über die Rechtslage wurde auch durch die Regeln zum Schutz des gutgläubigen Erwerbers geschaffen.

In den Besorgnissen wegen der Rechtssicherheit stecken wenigstens drei verschiedene Gesichtspunkte. Manchmal hat man die Unklarheit der Rechtslage im Auge, vor allem der Voraussetzungen des guten Glaubens. So die Motive zur preussischen Eintragungsgesetzgebung vom Jahre 1872, durch die das Abstraktionsprinzip in der deutschen Gesetzgebung Eingang gefunden hat. Dieser Unsicherheit sollte jedoch in erster Linie dadurch abgeholfen werden, dass der Gesetzgeber die Rechtslage klarstellt, und nicht dadurch, dass das Erfordernis des guten Glaubens abgeschafft wird. Wie das deutsche Recht zeigt, ist ohnehin nicht völlig ohne Gutglaubenserwerb auszukommen, so z.B. wenn jemand von einem Pfandbesitzer oder Mieter, der Eigentümer zu sein behauptet, kauft; hier müssen die Rechtsfragen auf jeden Fall gelöst werden. Es ist schwer zu verstehen, warum sich ein Erwerber um einige Mängel im Recht des Rechtsvorgängers nicht zu kümmern braucht, während er andere beachten muss.

Ein weiteres Argument, das besonders in der französischen Lehre vorgebracht wird, besagt, dass die Unsicherheit darüber, ob im Einzelfall guter Glaube vorlag, zu Streitigkeiten um Beweisfragen führen kann. Dass dies der Fall ist, kann bezweifelt werden. Die Erfahrung u.a. mit dem schwedischen Recht, das bei Doppelverkauf von Grundstücken und beweglichen Sachen stets auf den guten Glauben des Käufers abgestellt hat, belegt nicht die Annahme, dass hieraus erhebliche Streitigkeiten entstehen. Dagegen lässt die Entwicklung im deutschen und französischen Recht erkennen, dass die Gerichte die Abstraktion nicht akzeptieren und versuchen, sie u.a. durch eine extensive Anwendung der Sonderregeln bei Betrug oder Kollusion zu umgehen. Die Abstraktion verursacht folglich nur, dass der Rechtsstreit ein wenig verschoben wird. Anstatt um den guten Glauben zu streiten, streitet man um das Vorliegen von Betrug oder Kollusion. – Die Besorgnisse wegen der Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises, die in der französischen Lehre ausgesprochen wurden, erscheinen eigentümlich, wenn man berücksichtigt, dass guter Glauben beim späteren Käufer immer vermutet wird, weshalb es in der Regel dem ersten Käufer obliegt, den *schlechten* Glauben zu beweisen.

Ein dritter Gesichtspunkt tritt in dem Versuch der Gerichte hervor, die Abstraktion dadurch zu umgehen, dass der spätere Käufer im Falle des schlechten Glaubens verpflichtet wird, Schadenersatz zu leisten, möglichst in natura. Es handelt sich hier offenbar darum, nicht den bösgläubigen Käufer persönlich, sondern seine gutgläubigen Nachfolger zu schützen. Besonders im französischen Grundstücksrecht scheint man früher die Herausgabepflicht eines gutgläubigen Rechtsnachfolgers als unvermeidliche Konsequenz einer Herausgabepflicht des bösgläubigen Zweitkäufers angesehen zu haben, und das konnte man nicht akzeptieren. Hier dürften aber Regeln, die den gutgläubigen Erweber direkt schützen, eher angebracht sein.

Das Abstraktionsprinzip kann beim Doppelverkauf nicht rational begründet

werden. Der Verzicht auf den guten Glauben des späteren Käufers beim Doppelverkauf sollte vor allem als Resultat einer Neigung gesehen werden, Regeln mit verschiedenen Zwecken durch Begriffe wie Sachenrecht und Eigentumsrecht zu erfassen. Das Erfordernis des guten Glaubens ist berechtigt, wenn dem späteren Erwerber der Vorzug vor dem älteren Konkurrenten gegeben wird, um ihn vor unerkennbaren Ansprüchen zu schützen. Hier soll die Forderung nach gutem Glauben den schutzwürdigen Erweber vom nicht schutzwürdigen unterscheiden. Das ist eine geschmeidige Lösung, die den Gerichten die Möglichkeit gibt, die gesamten Umstände zu berücksichtigen. Ausserdem hat eine Gutglaubensregel, wenn sie die Forderung nach Achtsamkeit einschliesst, d.h. eine Beurteilung nicht nur dessen, was der spätere Käufer faktisch eingesehen hat, sondern auch dessen, was er hätte einsehen sollen, einen präventiven Effekt insofern, als sie dem Entstehen von Konflikten entgegenwirkt. Riskiert der spätere Käufer eine Beurteilung dessen, was er hätte einsehen sollen, achtet er mehr darauf, dass alles in Ordnung ist, bevor er sich auf das Geschäft einlässt. Es dürfte keine Veranlassung geben, hierbei einen Unterschied zwischen gewöhnlicher und grober Nachlässigkeit zu machen.

Wird der spätere Erwerber aus anderen Gründen vorgezogen, z.B. um die Vollstreckungsgläubiger vor betrügerischen Verkäufen des Schuldners zu schützen, ist das Erfordernis des guten Glaubens dagegen unbegründet. Es könnte auch den Schutz vor Betrügereien weniger effektiv machen, da der bösgläubige Vollstreckungsgläubiger nicht geschützt wäre. Der Schuldner könnte die Vollstreckung durch die blosse Angabe hindern, die Sache sei schon einer ihm nahestehenden Person verkauft worden.

Dass sich das Abstraktionsprinzip durch eine Verbindung von Vorzugsregeln mit verschiedenen Zwecken entwickelt hat, ist besonders deutlich im französischen Grundstücksrecht. Im älteren französischen Recht gab es – in den pays de nantissement – ein Eintragungssystem, bei dem der spätere Käufer eines Doppelverkaufs durch die Eintragung den Vorzug nur dann gewann, wenn er im guten Glauben war. Es gab aber auch ein Eintragungssystem für Schenkungen, das u.a. die Gläubiger vor dem Versuch des Schuldners schützen sollte, durch heimliche Geschenke das Eigentum der Vollstreckung zu entziehen, und ein System mit Eintragung der Hypothek, das vor stillen Verpfändungen schützen, vielleicht auch dem Staate Eintragungsgebühren zuführen sollte. In diesen beiden letzteren Systemen forderte man keinen guten Glauben. Die Frage, ob beim Doppelverkauf von Liegenschaften vom späteren, aber zuerst eingetragenen Käufer guter Glauben gefordert werden sollte, wurde zuerst in einem Rechtsfall im Jahre 1804 aktuell, wobei das Gericht darauf hingewiesen hat, dass der erste Käufer in Ermangelung der Eintragung kein Eigentümer wurde und keine Wachsamkeit erwiesen hatte. Das zweite Mal war die Frage aktuell bei der Auslegung des Eintragungsgesetzes vom Jahre 1855, wobei man darauf hinwies, dass der gute Glauben bezüglich nicht eingetragener Schenkung nicht erforderlich war. Man verallgemeinerte also im Widerspruch mit den Bedürfnissen des praktischen Lebens durch Ausdrücke wie „Erwerb des Eigentums durch

Eintragung" und beachtete nicht, dass die Eintragungssysteme verschiedene Zwecke hatten und nicht in derselben Weise gestaltet werden sollten.

Im 7. *Kapitel* wird der Erwerb des Nutzungsrechts behandelt. Hier werden Entwicklung und Funktion des Prinzips „Kauf bricht Miete" untersucht. Dieses Prinzip ergab sich teils aus dem System des römischen Rechts, teils aus den sozialen Verhältnissen im alten Rom. Als das römische Recht am Ende des Mittelalters in Frankreich und Deutschland rezipiert wurde, übernahm man das juristische System, aber nicht die sozialen Verhältnisse. Dadurch entstand eine Spannung zwischen dem Recht, dessen Autorität nicht in Frage gestellt wurde, und dem praktischen Leben. Die Juristen reagierten darauf seit der Zeit der Glossatoren mit verschiedenen Durchbrechungen des römisch-rechtlichen Prinzips. Man meinte z.B., das Prinzip „Kauf bricht Miete" sei nicht anwendbar, wenn Mietrechte für lange Zeit begründet wurden. Eine Ausnahme wurde auch gemacht, wenn die Begründung der Miete mit einer Verpfändung kombiniert wurde. Weiter entstanden Regeln über einen Besitzschutz für den Mieter, auch wenn ihm possessio, d.h. der Besitz im juristischen Sinn, nicht zuerkannt wurde, sowie über Kündigungsfristen. Im 18. und 19. Jahrhundert entwickelte sich dann das System der Eintragung von Mietrechten.

Die Technik des römischen Rechts, dem Mietrecht den Schutz gegenüber dem Käufer zu verweigern und es als ein Recht von niedriger Qualität zu betrachten, wurde trotzdem lange beibehalten. Erst durch die naturrechtliche Vertragslehre, die die verschiedenen Rechte als gleichwertig betrachtete und im Widerspruch zum römisch-rechtlichen Eigentumsbegriff meinte, dass das Eigentum durch Begründung beschränkter Rechte entsprechend beschränkt werde, erhielt man einen theoretischen Grund für die vollständige Beseitigung des Prinzips „Kauf bricht Miete". Nach der naturrechtlichen Auffassung waren Miete und Pacht, ebenso wie Eigentum und Pfandrecht, Sachenrechte, sobald sie mit dem Besitz verbunden waren. Nach dem Naturrecht brach der Kauf die Miete *nicht*.

In Preussen wurde das Prinzip „Kauf bricht Miete" schon im Jahre 1765 abgeschafft. Im Allgemeinen Landrecht (1794) waren Miete und Pacht Sachenrechte, wenn sie mit dem Besitz verbunden waren. In Frankreich wurde das Prinzip im Liegenschaftsrecht – nach einem Vorspiel im droit intermédiaire – durch den Code Civil (1804) beseitigt.

Die Renaissance des römischen Rechts im 19. Jahrhundert bedeutete jedoch auch eine Renaissance des römischen Eigentumsbegriffs. Die Auffassung des Eigentums als Recht von grösserem Gewicht und höherer Qualität als das Mietrecht hat dadurch bis zu unserer Zeit weitergelebt, neben und in Konkurrenz mit dem naturrechtlichen Eigentumsbegriff. In Deutschland wollte man im ersten Entwurf des BGB (1888) das Prinzip „Kauf bricht Miete" wieder einführen, aber der Versuch misslang. Zwar werden Miete und Pacht im deutschen Recht – ebenso wie im französischen Recht – immer noch als obligatorische Rechte betrachtet. Bei Uebertragung des Eigentums ist jedoch der Mieter (wie auch der Pächter) gegen den neuen Eigentümer geschützt, wenn er die Sache im Besitz hat.

In das dänische und norwegische Recht hat das Prinzip „Kauf bricht Miete" keinen Eingang gefunden. Das schwedische Recht wurde jedoch stark durch das kontinentale Recht beeinflusst, sowohl im 17. Jahrhundert, als das Prinzip aufgenommen wurde, als auch später. Dieser Einfluss machte sich auch noch gegen Ende des 19. Jahrhunderts und zu Beginn des 20. Jahrhunderts geltend, als man das Prinzip „Kauf bricht Miete" ausdrücklich mit Zweckmässigkeitsgesichtspunkten zu begründen begann. Man berief sich dabei auf das Risiko zahlreicher Rechtsstreitigkeit und grosser Unsicherheit im Verkehr. Dies ist auf den Einfluss des Abstraktionsprinzips zurückzuführen, in Verbindung mit einer Renaissance des römischen Eigentumsbegriffs, wenn man ihn auch gleichzeitig ausdrücklich missbilligte. Als Ausdruck des römischen Eigentumsbegriffs ist die Erklärung in den Motiven zum Gesetz über Miete und Pacht vom Jahre 1907 zu betrachten, dass die Sicherung des Käufers der des Mieters vorgehe.

Hat denn das Prinzip „Kauf bricht Miete" überhaupt keinen Wert gehabt? Doch! Das Prinzip hat das Eigentum vor übermässig langen Bindungen geschützt. Bei langdauernden Mietrechten kommt das Interesse des Mieters an der Fortdauer des Vertrages im Laufe der Zeit leicht in Konflikt mit anderen wichtigen Interessen. Solche Interessen können verschiedener Art sein. Normalerweise dürfte man keinen Anlass haben, Mitgefühl mit den persönlichen Interessen des Vermieters zu haben. Seine Gebundenheit kann jedoch beachtenswerte Nachteile für die Allgemeinheit mit sich bringen, z.B. dadurch, dass Sachen nicht auf nationalökonomisch wünschenswerte Weise genützt werden. Um eine „optimale Allokation" der Mittel zu erreichen, muss das Eigentum seine Umsatzfunktion erfüllen können. Dauerhafte Bindungen des Eigentums verhindern diese Funktion. Durch langdauernde Mietrechte kann das Angebot an Grundstücken ungenügend werden. Besonders in einer expandierenden Wirtschaft wird es lästig, wenn es keinen für neue Bedürfnisse zugänglichen Boden gibt. Im Deutschland und Frankreich des frühen 19. Jahrhunderts brauchte man Boden für rationellen Ackerbau und für neue Industrien. Deshalb bekämpfte man langdauernde Nutzungsrechte, die den Umsatz hemmten und den Zugang zum Boden für die beschränkten, die sich als selbständige Landwirte oder Unternehmer niederlassen wollten. Langdauernde Nutzungsrechte verhinderten zudem die wünschenswerte Reparatur oder den Umbau von Mietshäusern, ein Gesichtspunkt, der sowohl in der deutschen als auch in der schwedischen Gesetzgebungsgeschichte eine Rolle spielte.

Das Prinzip „Kauf bricht Miete" wirkte in dieser Lage als Sicherheitsventil, das die vorzeitige Auflösung langdauernder Nutzungsrechte ermöglichte. Wenn der Grundstückseigentümer frei war, das Grundstück ohne Rücksicht auf frühere Nutzungsrechte zu verkaufen, waren die Aussichten für ein befriedigendes Angebot auf dem Grundstücksmarkt grösser und wurde die Sanierung der Wohnungsgebiete erleichtert. Die Begründung der Mietrechte blieb dann nur eine Frage zwischen Vermieter und Mieter. Der Vermieter erhielt in Wirklichkeit ein Lösungsrecht.

Dass das Prinzip „Kauf bricht Miete" ein zweischneidiges Schwert war, ist

jedoch offenbar. Es gab andere Interessen, die gesteigerten Bestandsschutz der Miet- und Pachtverhältnisse erforderten. Auch hier konnte man sich auf nationalökonomische Gesichtspunkte berufen: ein Pächter kann keine rationelle Landwirtschaft betreiben, wenn seine Rechtsstellung nicht langfristig gesichert ist. Man konnte sich aber auch auf soziale Gesichtspunkte berufen, da das Prinzip „Kauf bricht Miete" Erpressungen oder Spekulationen Vorschub leisten kann.

Nach dem Prinzip „Kauf bricht Miete" war es schwer, eine Abwägung zwischen diesen beiden Gesichtspunkten und dem Schutz vor übermässigen Bindungen des Eigentums zu erzielen. Die Beschränkung des Prinzips „Kauf bricht Miete" durch den Schutz eingetragener oder mit Besitz verbundener Mietrechte gab den Schutz vor übermässigen Bindungen preis. Dies führte dazu, dass sich allmählich die ganze Technik änderte. Statt langdauernder Mietverträge schliesst man heutzutage kurzfristige Mietverträge, denen der Gesetzgeber eine Option zugunsten des Mieters beilegt. Die Kündigung durch den Eigentümer des Grundstücks wird einer Prüfung unterworfen, die u.a. beachtet, ob das Grundstück zu einem anderen Zweck verwendet oder das Haus umgebaut oder repariert werden soll.

Es verdient hervorgehoben zu werden, dass dieses System, auch wenn es der im 20. Jahrhundert gesteigerten soziale Bindung des Grundeigentums entspricht, nichts mit einer allgemeinen Regelung des Miet- oder Pachtniveaus zu tun hat. Die Angemessenheitsprüfung der Miete oder der Pacht, die dem Recht zur Option folgen muss, kann sehr wohl einen Marktpreis als Richtpunkt haben.

Offenbar ist, dass das Prinzip „Kauf bricht Miete" in dem nun beschriebenen System keine Funktion zu erfüllen hat. Es ist deshalb natürlich, dass es, obwohl es im schwedischen Grundstücksrecht formell noch besteht und sogar vor kurzem bestätigt worden ist, durch Ausnahmen fast ganz ausgehöhlt ist, vor allem durch die Forderung nach gutem Glauben des neuen Eigentümers bei Konkurrenz mit älteren Mietern oder Pächtern.

Was die Miete beweglicher Sachen betrifft, kann zunächst festgestellt werden, dass hier kein allgemeines Bedürfnis an Schutz gegen langdauernde Nutzungsrechte vorliegt, da der Bestand an Mobilien im allgemeinen nicht beschränkt ist und Mobilien in der Regel nicht langlebig sind. In älterer Zeit dürften langdauernde Mietrechte an beweglichen Sachen nur selten vorgekommen sein. Es gab deshalb kein Bedürfnis für einen Schutz gegen die vorzeitige Auflösung solcher Verträge, so dass das Prinzip „Kauf bricht Miete" unberührt blieb. Als in moderner Zeit langdauernde Nutzungsrechte in der Form von leasing und Zeitcharter üblich wurden, zog man im schwedischen Recht die Anwendung des Prinzips „Kauf bricht Miete" in Betracht, obwohl die Funktion des Eigentums hier nicht der Umsatz, sondern die Finanzierung ist. Das Prinzip „Kauf bricht Miete" entspricht hier einer Rechtslage, die im Grundstücksrecht schon im 19. Jahrhundert verschwunden ist, während leasing und Zeitcharter als langdauernde Nutzungsrechte mit solchen dem Eigentumsrecht nahestehenden Nutzungsrechten verglichen werden können, denen im deutschen und französischen Recht

sachenrechtlicher Charakter zuerkannt wird (Niessbrauch, usufruit).

Im *8. Kapitel* werden verschiedene obligatorische Rechte näher behandelt. Das Kapitel wird mit der Frage eingeleitet, warum man individuell und der Gattung nach bestimmte Ansprüche in Konflikten mit Dritten verschieden behandelt. Individuell bestimmten Ansprüchen gibt man bei gegenseitiger Konkurrenz die Priorität nach dem Alter (Prioritätsprinzip, „prior tempore, potior iure"). Z. B. hat beim Doppelverkauf der erste Käufer Priorität vor dem späteren. Bei Konkurrenz individuell und der Gattung nach bestimmter Ansprüche im Konkurs gibt man ersteren den Vorzug (Präferenzprinzip). A hat z.B. ein Grundstück von B gekauft, hat aber weder Eintragung noch Besitz erlangt. A ist dann *grundsätzlich* gegen die Gläubiger des B geschützt. Das Präferenzprinzip kann als eine Variante des Prioritätsprinzips betrachtet werden. Durch Konkurs (wie auch bei Vollstreckung) bekommen Gattungsforderungen ein individualisiertes Objekt, nämlich das aktuelle Vermögen des Schuldners (bzw. die gepfändete Sache). – Das Prioritätsprinzip und das Präferenzprinzip sind dadurch begründet, dass sie der Sicherheit im Rechtsleben dienen. Ebenso wie ein (gutgläubiger) Erwerber den Schutz vor älteren Konkurrenten (Eigentümer, früherem Käufer) verdient, braucht er Schutz vor jüngeren Konkurrenten (einem späteren Erwerber). Der Vorzug gilt, sobald die Sache individualisiert ist, weil die Parteien danach im Verhältnis zueinander verpflichtet sind, eine bestimmte Sache zu liefern bzw. empfangen. – Das Prinzip der verhältnismässigen Aufteilung bei Konkurrenz der Gattung nach bestimmter Ansprüche im Konkurs (Konkurrenzprinzip) wird dadurch begründet, dass es den Schuldner kreditwürdig macht und keinen Raum für Manipulationen zugunsten eines Gläubigers auf Kosten der anderen lässt.

Weiter werden im 8. Kapitel verschiedene Rechte in Bezug auf individuell bestimmtes Eigentum untersucht, die in einem oder anderem Zusammenhang als obligatorisch bezeichnet worden sind. Es ist aufzuklären, welche Funktionen die Einteilung der Rechte in Sachenrechte und obligatorische Rechte gehabt hat. In Bezug auf die Rückforderung wegen Ungültigkeit oder Aufhebung des Erwerbs oder Konkursanfechtung, auf Vorkaufsrechte, Optionsrechte, Wiederkaufsrechte sowie Uebertragungs- oder Verpfändungsverbote tritt die Funktion der Einteilung hervor, gegen übermässig lange Bindungen des Eigentümers, Gläubigerbenachteiligung und verborgene Vorzugsrechte zu schützen. Hier hat das deutsche Recht die ältere schwedische Lehre beeinflusst, besonders auf dem Gebiet der einfachen Gesellschaften und der Stimmbindungsverträge im Aktienrecht. Die schwedische Gesetzgebung über einfache Gesellschaften (1895), nach der die einfache Gesellschaft nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern bildet, stützte sich auf den ersten Entwurf des BGB über die Gesellschaft, der insoweit die römische Societas rezipierte. Die schwedische Gesetzgebung entstand, bevor die endgültige deutsche Gesetzgebung dem germanischen Prinzip der „Gemeinschaft zur gesamten Hand" den Vorzug gab. Die Auffassung der einfachen Gesellschaft als rein obligatorisch hat im schwedischen Recht u.a. dazu geführt, dass Gläubiger eines Gesellschafters

seinen Anteil am Vermögen der Gesellschaft unmittelbar pfänden können. Der Pfändungsgläubiger braucht also weder die vereinbarte Dauer der Gesellschaft zu respektieren noch das Vorhandensein von Gesellschaftsschulden, die auf das Verhältnis des Schuldners zu den übrigen Gesellschaftern einwirken können. Bei den Stimmbindungsverträgen hat die Einteilung in Sachenrechte und obligatorische Rechte im deutschen Recht vor allem zur Folge gehabt, dass die vertragswidrige Abstimmung nicht zur Anfechtung des Beschlusses der Hauptversammlung führen kann. Der obligatorische Charakter hat weiterhin dazu geführt, dass der Stimmbindungsvertrag von einem Erwerber der gebundenen Aktie nicht respektiert werden muss, auch wenn er von der Bindung wusste. Im schwedischen Recht hat man die Unwirksamkeit des Stimmbindungsvertrages dem Dritten gegenüber mit der Notwendigkeit eines Schutzes vor Streitigkeiten und Unsicherheit im Aktienverkehr motiviert. Auch dies beruht u.a. auf dem Einfluss des Abstraktionsprinzips.

Bei einigen obligatorischen Rechten habe ich mich auf einen Bericht über das dänische, norwegische und schwedische Recht beschränkt, in einzelnen Fällen auf das schwedische Recht. Hier geht es u.a. um „negative Servitute" an beweglichen Sachen, z.B. in Bücher gedruckte Verbote der Vermietung (Rechtsfälle im dänischen und schwedischen Recht) und auf Schallplatten gedruckte Verbote öffentlicher Vorführung (Rechtsfälle im norwegischen und schwedischen Recht). Es dürfte klar sein, dass die Unwirksamkeit dieser Verbote gegenüber einem neuen Eigentümer im schwedischen Recht zunächst darin begründet ist, dass sie einen Versuch darstellen, die urheberrechtliche Regelung durch permanente Beschränkungen des Verfügungsrechts des Erwerbers zu umgehen. Bei Preisbindungen, die nach schwedischem Recht heute ungültig sind, hat früher die Unwirksamkeit gegenüber Dritten die freie Konkurrenz gefördert. Der obligatorische Charakter gewisser Entschädigungsansprüche (Schadenersatz, Versicherung und Enteignungsentschädigung) hat weiter zu mehr oder weniger begründeten Beschränkungen der Ersatzpflicht geführt. Schliesslich umfasst der Begriff „obligatorisches Recht" alle Rechte, die aus Zweckmässigkeitsgründen als verjährbar angesehen wurden, aus der Vorstellung heraus, dass nur obligatorische Rechte der Verjährung unterliegen.

Ein Schutz Dritter ist offenbar entbehrlich, soweit ein Recht von vornherein beschränkt ist. Im schwedischen Recht wurden beispielsweise Bestimmungen über die maximale Miet- und Pachtzeit im Liegenschaftsrecht eingeführt; auch die früheren Gesetzesentwürfe über das Vorkaufsrecht an Liegenschaften enthielten eine zeitliche Beschränkung. Im französischen Recht hat man die Gültigkeit des Wiederkaufsrechts auf fünf Jahre beschränkt und eine zeitlich beschränkte Wirkung der im Prinzip ungültigen Stimmbindungsverträge erörtert.

Im *9. Kapitel* – Rückblick und Reformvorschläge – wird zuerst die Entwicklung der Einteilung in Sachenrechte und obligatorische Rechte im deutschen und französischen Recht zusammengefasst. Danach wird festgestellt, dass diese Einteilung gewisse Nachteile mit sich gebracht hat. Sie hat durch den begriffsjuristischen Ansatz vor allem eine angemessene Abwägung gegenüber-

stehender Interessen erschwert. Dies gilt z.B. für das Mietrecht an Liegenschaften, bei dem die Verhinderung übermässiger Bindungen mit dem Bestandsschutzinteresse des Mieters kollidiert.

Als Alternative zu einer systematischen Einteilung der Rechte in Sachenrechte und obligatorische Rechte wird eine *direkte teleologische Methode* vorgeschlagen, die Konflikte mit Dritten durch abgestufte, auf Zweckmässigkeitsgründen beruhende Regeln löst. Die direkte teleologische Methode führt zu einem Regelsystem, in dem Prioritäts-, Präferenz- und Konkurrenzprinzip durch Ausnahmebestimmungen zugunsten des späteren Erwebers und durch Vorzugsrechte im Konkurs beschränkt werden. Der Schutz vor übermässigen Bindungen wird hier nicht durch eine Beschränkung im Verhältnis zu Dritten, sondern schon in der Parteigebundenheit erreicht. Das Prioritätsprinzip wird auf jede Art von Recht angewendet, so dass für eine Theorie vom numerus clausus der Sachenrechte kein Raum bleibt. Im dänischen und norwegischen Recht ist man durch Relativierung des Eigentums- und Sachenrechtsbegriffs solch einem auf Zweckmässigkeitsgründen beruhenden Regelsystem nahegekommen. Die Einteilung der Rechte in Sachenrechte und obligatorische Rechte hat dort kaum noch Bedeutung.

Im schwedischen Recht hat die Einteilung der Rechte in Sachenrechte und obligatorische Rechte bei dem Erwerb des Eigentums keine Rolle gespielt, weil der absolute Sachenrechtsbegriff durch die Regeln über den Doppelverkauf von Liegenschaften in der Eintragungsgesetzgebung des Jahres 1875 abgewiesen wurde. Dieselbe Gesetzgebung hat indessen dazu geführt, dass die Einteilung in Sachenrechte und obligatorische Rechte im schwedischen Recht anderweit verfestigt wurde, nämlich in Bezug auf die *Verpfändung* von Liegenschaften und das Prinzip „Kauf bricht Miete".

Die Auffassung, dass ein Pfandvertrag im Liegenschaftsrecht einem neuen Eigentümer gegenüber keine Wirkung hat, wurde allerdings auf das Fahrnisrecht nicht erstreckt. Hier hat der Oberste Gerichtshof vielmehr in mehreren Rechtsfällen den neuen Eigentümer verpflichtet, den früheren, ihm bekannten Pfandvertrag zu respektieren. Obwohl man in der Lehre Zweifel ausgedrückt hat, ob dieses Prinzip auf andere „obligatorische" Rechte an beweglichen Sachen analog angewendet werden kann, bedeutet diese Rechtsprechung unzweifelhaft eine Beschränkung des Einflusses der deutschen Rechtseinteilung und des Abstraktionsprinzips auf das schwedische Recht.

Im Mietrecht ist die Entwicklung entgegengesetzt gewesen. Gestützt auf einen Rechtsfall aus dem Jahre 1905, in dem einem Mieter der Schutz gegenüber einem Pfändungsgläubiger aberkannt wurde, hat man angenommen, dass die Miete beweglicher Sachen einem Dritten (Gläubiger oder neuem Eigentümer) gegenüber sogar dann keine Wirkung hat, wenn der Mieter die Sache schon in Besitz hat. Trotz der Relativität, die den Eigentums- und (bei beweglichen Sachen) Pfandrechtsbegriff in Schweden prägt, hat die Einteilung der Rechte in Sachenrechte und obligatorische Rechte dadurch Eingang in das schwedische Recht gefunden, wenn auch in etwas entstellter Form. Die Auffassung, dass das

Mietrecht an beweglichen Sachen dem Dritten gegenüber keine Wirkung hat, hat später ihrerseits dazu beigetragen, dass die deutsche Rechtseinteilung als ein Grundzug des schwedischen Zivilrechts bewahrt worden ist.

Der Vorschlag, die begriffliche Rechtseinteilung durch eine offen teleologische Methode zu ersetzen, wenden sich vor allem dagegen, „obligatorischen" Rechten grundsätzlich den Schutz gegenüber Dritten abzusprechen. Weiterhin richtet sich der Vorschlag dagegen, die Rechte je nach ihrer Wirkung gegenüber Dritten in verschiedene Kategorien einzuteilen.

Dementsprechend wird angeregt, dem Mietrecht an beweglichen Sachen durch Gesetz denselben Schutz gegenüber Dritten zu geben wie dem Eigentum und dem Pfandrecht. Weiter sollten die einfache Gesellschaft und der Stimmbindungsvertrag so geregelt werden, dass Zweckmässigkeitsgründe in höherem Grad als bisher beachtet werden.

FÖRKORTNINGAR

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, 1811
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, 1794
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, 1896
D.	Recueil Dalloz
D.P.	Recueil périodique et critique Dalloz
Ds	Departementsstencil
FJFT	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland
HB	Handelsbalken
JB	Jordabalken
Ju	Justitiedepartementet
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd I
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv, avd II
NT	Naumanns Tidskrift
Prop	Proposition
Req.	Arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation
Rt	Norsk Retstidende
SJA	Schmidts Juridiska Arkiv
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidskrift for Retsvitenskap
Utl	Utlåtande
ÄB	Ärvdabalken

LITTERATURFÖRTECKNING

a) Citerad litteratur

Uppsatser i samlingsverk och tidskrifter citeras vanligen med angivande av författarens och samlingsverkets eller tidskriftens namn. I övrigt användes i möjligaste mån endast författarnamnet, eventuellt med tillägg av volymens nummer.

Affolter, F X, Das römische Institutionen-System. Sein Wesen und seine Geschichte. Einleitender Teil. Berlin 1897.

Affärsvärlden nr 4/1976 s 41 ff: Finansieringsföretagen. Industriinvesteringar mål för unga finansjättar.

Agell, A, Ägareförbehållets giltighet mot borgenär och senare förvärvare i nyare rättspraxis. SvJT 1965 s 225–247.

Almén, T – Eklund, R, Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. 9 uppl ombesörjd av T Nordström. Sthlm 1968.

Amira, K v, Nordgermanisches Obligationenrecht. Erster Band: Altschwedisches Obligationenrecht. Leipzig 1882.

Anners, E, Hand wahre Hand. Studien zur Geschichte der germanischen Farhnisverfolgung. Lund 1952. Cit Anners, Hand wahre Hand.

Anners, E, Den europeiska rättens historia I. Uppsala 1975. Cit Anners I.

Anners, E, Europas rättshistoria. Några huvudlinjer. Del 2. Surte 1972. Cit Anners II.

Arnholm, C J, Panteretten. 3. utg. Oslo 1962.

Ask, J, Föreläsningar i svensk sakrätt. Lund 1889.

Aubry et Rau, Cours de droit civil français. Tome II, 5 éd. Paris 1897.

Augdahl, P, Aksjeselskapet efter norsk rett. 3. utg. Oslo 1959. Cit Augdahl, Aksjeselskapet.

Augdahl, P, Kompaniskap. Det ansvarlige selskap, kommanditselskapet, det stille selskap. Oslo 1967. Cit Augdahl, Kompaniskap.

Augdahl, P, Den norske obligasjonsretts almindelige del. 4. utg. Oslo 1972. Cit Augdahl.

Baur, F, Lehrbuch des Sachenrechts. 8. Aufl. München 1975.

Benckert, K, Om exstinktiva förvärv av lös egendom i god tro enligt H.B. 11:4 och 12:4. I–II. Sthlm 1925. Cit Benckert, Exstinktiva förvärv.

Benckert, K, Bidrag till inteckningsinstitutets historia. Sthlm 1920. Cit Benckert, Bidrag.

Bengtsson, B, Nya jordabalken (kap. 3, 5, 7–13, 17, 19–23). Uppsala 1970. Cit Bengtsson, Nya jordabalken.

Bengtsson, B, Särskilda avtalstyper I. Sthlm 1971.

Bengtsson, B, Nyttjanderätt till fast egendom. Sthlm 1974. Cit Bengtsson, Nyttjanderätt.

Bergman, D G, Köp och lösöreköp. Lund 1927.

Björling, C G E, Den svenska rättens exstinktiva laga fång till lösören på grund af god tro. Uppsala 1896. Cit Björling, Exstinktiva fång.

Björling, C G E, Lärobok i civilrätt för nybörjare. Lund 1910. Cit Björling, Lärobok.

Björling, C G E, Kompendium i svensk obligationsrätt. Lund 1914.

Bornemann, W, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts. Vierter Band, Berlin 1836.

Braekhus, S, Konkursrett. Utvalgte emner. Oslo, Bergen, Tromsø 1970. Cit Braekhus, Konkursrett.

Braekhus, S – Haerem, A, Norsk Tingsrett. Gjøvik 1964.

Bramsjö, S, Om avtals återgång. En studie över innehållet i återgångspåföljden. Lund 1950.

Brandt, H, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft. Der abstrakte dingliche Vertrag und das System des deutschen Umsatzrechts im Licht der Rechtswirklichkeit. Leipzig 1940.

Böhle-Stamschräder, A, Konkursordnung. 11. Aufl. München 1974.

Chénon, E, Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815. Tome I, Paris 1926. Tome II (premier fascicule), Paris 1929.

Colin, A – Capitant, H – Juillot de la Morandière, L, Traité de droit civil. Tome I, Paris 1953. Tome II, Paris 1959. Cit Colin-Capitant.

Conrad, H, Deutsche Rechtsgeschichte. Band I: Frühzeit und Mittelalter. 2. Aufl, Karlsruhe 1962. Band II: Neuzeit bis 1806. Karlsruhe 1966.

Dalloz, Encyclopédie juridique. Répertoire de droit civil. Tome I–V. Paris 1951–1955.

David, R, Le droit français. Tome II. Paris 1960.

Demogue, R, Les Notions Fondamentales du Droit privé. Essai critique. Paris 1911.

Dernburg, H, Pandekten. Zweiter Band: Obligationenrecht. 4. Aufl. Berlin 1894.

Dernburg, H, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. Erster Band: Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preussens und des Reichs. 5. Aufl, Halle a S 1894. Zweiter Band: Das Obligationenrecht Preussens und des Reichs. 5. Aufl, Halle a S 1897. Cit Dernburg I, II.

Derruppé, J, La nature juridique du droit du preneur à bail el la distinction des droits réels et des droits de créance. Thèse Toulouse 1951. Paris 1951.

Dubischar, R, Ueber die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative. Ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre vom subjektiven Privatrecht. Diss. Tübingen 1961.

Dulckeit, G, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. Recht und Staat 158/159. Tübingen 1951.

Dyrbye, E, Kortfattet Fremstilling af Dansk Selskabsret. Khvn 1966.

Eck, E, Gutachten über die Frage: Soll der Grundsatz: »Kauf bricht Miethe» oder der entgegengesetzte Grundsatz des deutschen und preussischen Rechts im bürgerlichen Gesetzbuche aufgenommen werden, und mit welchen Modificationen in dem einen oder anderen Falle? Verhandlungen des Neunzehnten Deutschen Juristentages. Zweiter Band s 229–249. Berlin und Leipzig 1888. Cit Eck.

Eckhoff, T, Om gyldigheten av utleggsforbud ved rettshandel. TfR 1942 s 320–329.

Eichler, H, Institutionen des Sachenrechts. Ein Lehrbuch. Erster Band: Allgemeiner Teil. Grundlagen des Sachenrechts. Berlin 1954.

Eisfeld, G, Beiträge zur Geschichte des ius ad rem im neueren deutschen und französischen Recht. Diss. Kiel 1935.

Ekelöf, P O, SvJT 1940 s 683 (Debattinlägg angående frågan om sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till lös sak).

Fehr, M, Två spörsmål ur svensk civilrätt. I: Öfvergår äganderätten vid köp av lösöre genom blotta aftalet? II: Publicitetsprincipen. Uppsala 1913. Cit Fehr, Två spörsmål.

Fehr, M, Bidrag till läran om fordringspreskription enligt svensk rätt. Uppsala 1913. Cit Fehr.

Fischer, O, Gutachten über die Frage: Soll der Grundsatz: »Kauf bricht Miethe» oder der entgegengesetzte Grundsatz des deutschen und preussischen Rechts im bürgerlichen Gesetzbuche aufgenommen werden? und mit welchen Modificationen in dem einen oder anderen Falle? Verhandlungen des Neunzehnten Deutschen Juristentages. Zweiter Band s 312–448. Berlin und Leipzig 1888. Cit Fischer.

Flandin, L H, De la transcription en matière hypothécaire. Tome I–II. Paris 1861.

Förster, F, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts. Erster Band. 3. Aufl. Berlin 1873.

Gadolin, A W, Öfversikt af jordlegorättens historiska utveckling uti den svensk-finska lagstiftningen. Helsingfors 1912.

Genius, K, Der Bestandsschutz des Mietverhältnisses in seiner historischen Entwicklung bis zu den Naturrechtskodifikationen. Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte. Veröffentlichungen des Instituts für Neuere Privatrechtsgeschichte der Universität zu Köln. Band 6. Diss. Köln 1970.

Gessler, E – Hefermehl, W – Eckhardt, U – Kropff, B, Aktiengesetz (Kommentar von). Band II. München 1973. Cit Gessler.

Gierke, O v, Deutsches Privatrecht. Zweiter Band: Sachenrecht. Leipzig 1905. Dritter Band: Schuldrecht. München und Leipzig 1917. Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, herausgegeben von K Binding. II:3:2 och II:3:3. Cit Gierke II, III.

Gierke, O v, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Leipzig 1889. Cit Gierke, Der Entwurf.

Ginossar, S, Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux. Paris 1960.

Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz vom 6. September 1965. Kommentar. 3. Aufl bearbeitet von H Wilhelmi und S Wilhelmi. Band I. Berlin 1967.

Gomard, B, Aktieselskabsret. 2. udg. Kvhn 1970.

Gomard, B, Shareholders' agreements in Danish Law. Scandinavian Studies in Law 16, 1972, s 97–142. Uppsala 1972.

Grouber, A, De l'action paulienne en droit civil français contemporain. Thèse Paris 1913.

Gruchot, J A, Beiträge zur Erläuterung des preussischen Rechts. Band 8. Berlin 1864.

Grönfors, K, Ägande och brukande som kreditunderlag. Nordisk Gjenklang. Festskrift till C J Arnholm 1969 s 417–442. Oslo 1969.

Gönner, N Th v, Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Baiern. Erster Band. München 1823.

Gönner, N Th v, Commentar über das Hypothekengesetz får das Königreich Baiern. Erster Band. München 1823. Cit Gönner I.

Hagströmer, J, Om aktiebolag enligt svensk rätt. Uppsala 1872.

Harbek, O F – Solem, E, Tinglysingsloven med kommentar. 5. utg. Oslo 1968.

Hasselrot, B, Handelsbalken jemte dithörande författningar med förklarande anmärkningar och belysande prejudikat till praktiska juristers och affärsmäns tjänst. Sjette delen. Sthlm 1902. Cit Hasselrot VI.

Hasselrot, B, Huru i afseende å lös egendom rättspraxis kringskurit vindikationsrätten. Malmö 1919. Cit Hasselrot, Vindikationsrätten.

Hassler, Å, Till frågan om rättsskydd för tredje man vid utmätning. Festskrift tillägnad N Stjernberg s 104–112. Sthlm 1940.

Heck, Ph, Grundriss des Sachenrechts. Tübingen 1930.

Hedemann, J W, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert. Ein Ueberblick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz. Erster Teil: Die Neuordnung des Verkehrslebens. Berlin 1910. Zweiter Teil: Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart. 1. Hälfte: Das materielle Bodenrecht. Berlin 1930. 2. Hälfte: Die Entwicklung des formellen Bodenrechts mit einem Anhang: Bodenrecht und neue Zeit. Berlin 1935.

Henriz, G, Leasing och några därmed sammanhängande problem. TfR 1968 s 85–103.

Hessler, H, Allmän sakrätt. Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer. Sthlm 1973. Cit Hessler.

Hessler, H, Nya jordabalken (Kap. 16 och 18). Hävd och godtrosförvärv. Uppsala 1970. Cit Hessler, Nya Jordabalken.

Hessler, H, Några punkter om allmän sakrätt. Festskrift till H Nial s 272–295. Sthlm 1966. Cit Hessler, Några punkter.

Heyne, R T, Commentar über das Königlich Sächsische Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend, vom 6ten Nov. 1843. Band I. Leipzig 1845.

Hillert, S, Servitut – förmån och last. Sthlm 1960. Cit Hillert.

Hillert, S, Fonogrammen och upphovsrätten. Festskrift till P O Ekelöf s 349–395. Sthlm 1972.

Hillgård, K, Bidrag till läran om säljarens stoppningsrätt. Lund 1923.

Holmbäck, Å – Wessén, E, Svenska Landskapslagar, tolkade och förklarade för nutidens svenskar. Tredje serien: Södermannalagen och Hälsingelagen. Uppsala 1940.

Hromadka, W, Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert. Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte. Band 17. Köln 1971.

Hugueney, P, Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. Thèse Dijon 1910. Paris 1910.

Hult, Ph, Anmälan av Lejman, Bidrag till läran om återvinning i konkurs. SvJT 1940 s 782–793.

Humbla, Ph, Om vilkoren för eganderättens öfvergång vid köp af fast gods. Lund 1865 (i Lunds universitets årsskrift 1865 s 1–65).

Hübner, H, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht. Ein Beitrag zur Begründung und Begrenzung des sachenrechtlichen Vertrauensschutzes – dargestellt an der Regelung nach §§ 932 ff BGB. Erlangen 1955.

Ihering, R v, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Dritter Teil, Erste Abteilung. 2. Aufl. Leipzig 1871. Cit Ihering III:1.

Illum, K, Dansk Tingsret. 2. udg, 2 opl. Khvn 1973. Cit Illum.

Illum, K, Ejerpant og panteprioritet. Khvn 1961. Cit Illum, Ejerpant.

Illum, K, Tinglysning, 3 udg. Khvn 1973.

Jüttner, B, Zur Geschichte des Grundsatzes »Kauf bricht Miete». Diss. Münster 1960.

Jägerskiöld, S, Handelsbalkens utländska källor. Lund 1967. Cit Jägerskiöld.

Jägerskiöld, S, Studier rörande receptionen av främmande rätt i Sverige under den yngre landslagens tid. Lund 1963. Cit Jägerskiöld, Studier.

Karlgren, Hj, Studier över privaträttens juridiska personer och samfälligheter utan rättspersonlighet. Göteborg 1929. Cit Karlgren, Juridiska personer.

Karlgren, Hj, Studier i allmän avtalsrätt. Lund 1935.

Karlgren, Hj, Ändamålsbestämmelse och stiftelse. Lund 1951.

Karlgren, Hj, Säkerhetsöverlåtelse enligt svensk rättspraxis. Sthlm 1959. Cit Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse.

Karlgren, Hj, Anmälan av Ussing, Dansk Obligationsret. SvJT 1943 s 372–377.

Karlgren, Hj, Några exekutionsrättsliga oklarheter. SvJT 1956 s 246–259.

Karlgren, Hj, En bok om bolag. Några randanteckningar. SvJT 1956 s 609–623.

Kaser, M, Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht. 2. Aufl. München 1971. Cit Kaser I.

Kaser, M, Das römische Zivilprozessrecht. München 1966. Cit Kaser, Zivilprozessrecht.

Kivimäki, T M – Ylöstalo, M, Lärobok i Finlands civilrätt. Allmän del. Översatt av P E v Bonsdorff. Helsingfors 1961.

Kloot, Cl, Then Swenska Lagfarenheetz Spegel. Götheborg 1676.

Koch, E J, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. Band I, 6. Aufl, Berlin 1874. Band II–IV:1, 5. Aufl, Berlin 1875.

Koschaker, P, Europa und das römische Recht. München-Berlin 1947.

Kreller, H, Römisches Recht II: Grundlehren des gemeinen Rechts. Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht. Rechts- und Staatswissenschaften 9. Wien 1950.

Kruse, Fr Vinding, Ejendomsretten. Bind I–III. 3 udg. Khvn 1951.

Kühne, Versprechen und Gegenstand (Ein Beitrag zum System der Belastung). Archiv für die civilistische Praxis 140 (1935) s 1–63.

Larenz, K, Lehrbuch des Schuldrechts. I. Band: Allgemeiner Teil. 10. Aufl. München 1970. II. Band: Besonderer Teil. 10. Aufl. München 1972.

Lejman, F, Bidrag till läran om återvinning i konkurs. Uppsala 1939.

Lent, F – Schwab, K H, Sachenrecht. 13. Aufl. München 1972.

Lundell, C H, Sakrättsskydd vid lega av fartyg eller maskin. FJFT 1965 s 243–249.

Lundstedt, V, Några rättssystematiska reflexioner. Festskrift tillägnad B Ekeberg s 331–353. Sthlm 1950.

Lübbert, H, Abstimmungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG-Staaten, der Schweiz und Grossbritanniens. Baden-Baden 1971.

Magnin, P, Etude sur la publicité des transmissions de droit immobiliers et les livres fonciers. Thèse Grenoble 1896. Paris 1896.

Marty, G – Raynaud, P, Droit civil. Tome II:2. Paris 1965. Cit Marty.

Mazeaud, H, L och J – Juglart, M de, Leçons de droit civil. Tome I:1, 4. éd, Paris 1970. Tome II:1 och 2, 4. éd, Paris 1969. Tome III:1 och 2, 4. éd, Paris 1974. Cit Mazeaud I:1 etc.

Meibom, V v, Gutachten über die Frage: Soll der Grundsatz Kauf bricht Miethe oder der entgegengesetzte Grundsatz des deutschen und preussischen Rechts im bürgerlichen Gesetzbuche aufgenommen werden, und mit welchen Modifikationen in dem einen oder anderen Falle? Verhandlungen des Neunzehnten Deutschen Juristentages. Zweiter Band s 3–34. Berlin und Leipzig 1888. Cit Meibom.

Munch-Petersen, E, Skifteretten. Khvn 1956.

Naumanns Tidskrift 1867. Debattinlägg av signaturen -s-n s 180 f och 235 ff samt 625 ff, av signaturen -lt- s 412 ff och 753 ff.

Nehrman, D, Inledning Til Then Swenska Jurisprudentiam Civilem. Lund 1729.

Nial, H, Aktiebolagsrättsliga studier. Sthlm 1935.

Nial, H, Om handelsbolag och enkla bolag. Sthlm 1955. Cit Nial, Handelsbolag.

Nial, H, Nya sakrätter? SvJT 1940 s 673–683.

Nial, H, Anmälan av Ussing, Dansk Obligationsret. TfR 1944 s 155–157.

Nordisk Retsencyklopaedi. Del II: Privatretten. Khvn 1888.

Nordling, E V, Lagfarts- och inteckningslagarne af den 16 juni 1875 med tillhörande författningar. 2 uppl. Upsala 1888. Cit Nordling.

Nordling, E V, Allmänna bestämmelser om servituter enligt svensk lag. 1 uppl, Upsala 1859. 2 uppl, Upsala 1868. Cit Nordling, Om servituter.

Nordling, E V, Anteckningar efter Prof E V Nordlings föreläsningar i Svensk civilrätt. Allmänna delen. Uppsala 1913. Cit Nordling, Svensk civilrätt.

Nordström, J J, Bidrag till den svenska samhälls-författningens historia. Andra Afd. Helsingfors 1840.

Olivecrona, Karl, Utsökning. 8 uppl. Lund 1975.

Olivecrona, Karl, Anmälan av Hassler, Svensk Exekutionsrätt, andra häftet, Utmätning. SvJT 1941 s 398–401.

Olivecrona, Karl, Inteckning och panträtt i den nya jordabalken. SvJT 1971 s 513–537.

Olivecrona, Knut, Förmögenhetsrätten efter K. Olivecronas föreläsningar. 1. Sak-Rätt. Sthlm 1870. Cit Olivecrona, Sakrätt.

Olsson, C, Aktieförvärvares rätt i förhållande till bolaget. Helsingfors 1949.

Overrath, H-P, Die Stimmrechtsbindung. Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht. Rosenheim 1973.

Paton, G W, A textbook of Jurisprudence. 4. ed. Oxford 1972.

Périer, L, De la règle »Louage passe vente». Thèse Montpellier 1900. Paris 1900.

Planiol, M, Traité élémentaire de droit civil. Tome I, 4. éd, Paris 1906.

Planiol, M – Ripert, G, Traité de droit civil français. Tome III. 2. éd par M Picard. Paris 1952.

Raible, A, Vertragliche Beschränkung der Uebertragung von Rechten. Tübingen 1969.

Regelsberger, F, Studien im bayrischen Hypothekenrechte. Erlangen 1872.

Rigaud, L, Le droit réel. Histoire et théories. Son origine institutionelle. Thèse Toulouse 1912. Toulouse 1912.

Ripert, G, La règle morale dans les obligations civiles. 3. éd. Paris 1935.

Rodhe, K, Obligationsrätt. Lund 1956. Cit Rodhe.

Rodhe, K, Aktiebolagsrätt enligt 1944 års lag om aktiebolag. 6 uppl. Sthlm 1970. Cit Rodhe, Aktiebolagsrätt.

Roos, C M, Avtal och rösträtt. En aktiebolagsrättslig studie. Uppsala 1969.

Ross, A, Virkelighed og Gyldighed i Retslaeren. En kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundbegreber. Khvn 1934. Cit Ross.

Ross, A, Ejendomsret og Ejendomsovergang. Khvn 1935. Cit Ross, Ejendomsret.

Rålamb, C, Observationes juris practicae. Sthlm 1679.

Salmond, J W, Salmond on Jurisprudence. 12. ed by J Fitzgerald. London 1966.

Savatier, R, Kommentar till ett rättsfall, Recueil périodique et critique Dalloz 1926.1.185.

Savigny, F C v, Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung. 7. Aufl. Darmstadt 1967 (omtryck).

Schrevelius, F, Lärobok i civilrätt. Del I. 1 uppl, Lund 1844. 2 uppl, Lund 1857. Del II. 2 uppl. Lund 1857.

Schwarz, A B, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Römische Abteilung. Nr 42 (1921) s 578–610.

Schwind, F, Römisches Recht I. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts. Rechts- und Staatswissenschaften 8. Wien 1950.

Sjögren, W, Förarbetena till Sveriges Rikes Lag 1686–1736. III: Lagkommissionens protokoll 1712–1735. Uppsala 1901. Cit Sjögren III.

Sjögren, W, Fiduciariska lösöreköp. TfR 1914 s 281–313.

Staudinger, J v, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Band: Recht der Schuldverhältnisse. 4. Teil. §§ 705–822. 10/11. Aufl. Berlin 1975.

Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von R von Jhering etc. Band 27 s 335–462. Jena 1889.

Sydow, E Fr N v, Om hyresaftal rörande fast egendom enligt romersk och svensk rätt. Lund 1884.

Tengwall, L, Twistemåls Lagfarenheten utur Sweriges rikes lag och stadgar utdragna. Lund 1794.

Tiberg, H, Kreditsäkerhet i fartyg. Sthlm 1968.

Tiberg, H, Nyttjanderättshavarens sakrättsliga skydd. SvJT 1964 s 497–516.

Tolstrup, F, Forkøbsret og koncession. Jordpolitiske studier. Khvn 1961.

Trygger, E, Om fullmakt såsom civilrättsligt institut. Upsala 1884. Cit Trygger, Om fullmakt.

Trygger, E, Kommentar till Utsökningslagen. 2 uppl. Första häftet. Uppsala 1916. Cit Trygger.

Undén, Ö, Svensk sakrätt. Del I. 1 uppl, Lund 1927. 9 uppl, Lund 1974 (cit Undén I). Del II:1. 6 uppl, Lund 1969 (cit Undén II:1). Del II:2. 5 uppl, Lund 1968 (cit Undén II:2).

Undén, Ö, Nyttjanderätt till lösöre. TfR 1940 s 527 f.

Vidal, J, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe »fraus omnia corrumpit». Thèse Toulouse 1957. Paris 1957.

Vigneron, P, La fraude dans les transferts de droits. Thèse Paris 1923. Paris 1923.

Vouin, R, La bonne foi. Notion et role actuels en droit privé français. Thèse Bordeaux 1939. Paris 1939.

Wahlberg, C J, Om Lega af jord å landet enligt svensk civilrätt. Upsala 1870.

Walin, G, Separationsrätt. Lund 1975.

Walin, G, Nya sakrätter? SvJT 1941 s 428–432.

Welamson, L, Konkursrätt. 2 uppl. Sthlm 1967.

Werner, F, Die Preussischen Grundbuch- und Hypotheken-Gesetze vom 5. Mai 1872 nebst Materialien. Erster Theil: Gesetze und Ausführungs-Verfügungen. Zweiter Theil: Materialien. Berlin 1872.

Wesenberg, G, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung. 2. Aufl, neubearbeitet von G Wesener. Lahr/Schwarzwald 1969.

Westermann, H, Lehrbuch des Sachenrechts. 2. Aufl. Karlsruhe 1953.

Weyermann, M, Zur Geschichte des Immobiliarkreditwesens in Preussen mit besonderer Nutzanwendung auf die Theorie der Bodenverschuldung. Karlsruhe 1910.

Wieacker, F, Bodenrecht. Hamburg 1938.

Wieacker, F, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. 2. Aufl. Göttingen 1967. Cit Wieacker.

Windscheid, B, Lehrbuch des Pandektenrechts. Zweiter Band. 7. Aufl. Frankfurt a M 1891.

Windscheid, B – Kipp, T, Lehrbuch des Pandektenrechts. Erster Band. 9. Aufl. Frankfurt a M 1906.

Winroth, A O, Kompendium i svensk förmögenhetsrätt. Lund 1900.

Wolff, M – Raiser, L, Sachenrecht. 10. Aufl. Tübingen 1957. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, begründet von L. Enneccerus, T. Kipp und M. Wolff. Dritter Band.

Ziebarth, K, Die Reform des Grundbuchsrechts. Halle 1870. Cit Ziebarth, Die Reform.

Ziebarth, K, Die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Miethe. Halle 1866. Cit Ziebarth.

Zitting, S – Rautiala, M, Lärobok i sakrätt. Allmän del. Översatt från andra finska upplagan av P E v Bonsdorff. Helsingfors 1971.

b) Övriga källor

Bolagskommitténs betänkande: Förslag till lagar om enkla bolag och handelsbolag, om aktiebolag samt om föreningar för ekonomisk verksamhet m m, afgifna af den dertill i nåder utsedda komité. Sthlm 1890.

Entscheidungen des Königlich Geheimen Ober-Tribunals. Band 9. Berlin 1844.

Handelsbolag: Utredning (Ju 74:21) med uppdrag att utreda frågor om handelsbolag m m. Se 1975 års kommittéberättelse s 140 ff ang direktiven.

Hypotekskommitténs betänkande: Underdåniga förslag till förändrade stadganden för betryggande af ägande-, pant- och nyttjande-rätt till fastighet, afgifna den 10 juli 1867 af dertill i Nåder förordnade Komiterade. Sthlm 1867. Cit Hypotekskommittén.

Konkurslagförslaget 1911: Förslag till konkurslag och till lag om ackordsförhandling utan konkurs äfvensom till andra därmed sammanhängande författningar afgifna af därtill utsedda kommiterade. Sthlm 1911.

Lagberedningens förslag till jordabalk. Sthlm 1847.

Lagberedningens förslag till handelsbalk. Sthlm 1850.

Lagberedningens förslag till jordabalk. I–III. Sthlm 1905–09. Cit Lagberedningen I 1905, II 1908 och III 1909.

Lagkommitténs förslag till handelsbalk. Sthlm 1815.

Lagkommitténs förslag till jordabalk. Sthlm 1815.

Lagkommitténs förslag till handelsbalk. Sthlm 1826.

Lagutskottets utlåtande om proposition den 18 mars 1800 ang ändring i 16:15 JB (avtryckt i bondeståndets prot den 16 maj 1800 s 130 ff).

Lagutskottets utlåtande 1844:11, 1857:14 och 1875:19.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Band II: Recht der Schuldverhältnisse. Band III: Sachenrecht. Berlin und Leipzig 1888. Cit Motiven II, III.

NJA II 1895 nr 3. Den nya bolagslagstiftningen.

NJA II 1908 nr 5:1. Lag om nyttjanderätt till fast egendom.

NJA II 1921 nr 1:1. Giftermålsbalk.

Preskription. PM med förslag till preskriptionslag. April 1975. Ds Ju 1975:11.

Proposition den 18 mars 1800 ang ändring i 16:15 JB (avtryckt i bondeståndets prot den 16 maj 1800 s 128 ff).

Proposition 1844:25 om vissa förändrade föreskrifter i afseende på lagfart och nyttande-rätts-inteckning.

Proposition 1875:27 angående lagfart å fång till fast egendom m m.

Proposition 1970:20 A och B med förslag till jordabalk.

Proposition 1973:42 med förslag till lag om ändring i sjölagen.

Riksdagsprotokollet 1800, 1844 och 1875.

SOU 1929:22 Lagberedningens förslag till revision av ärvdabalken. III. Förslag till lag om testamente m m. Sthlm 1929.

SOU 1938:22 Betänkande med förslag till reformerad hyreslagstiftning, avgivet av inom justitiedepartementet tillkallade sakkunniga.

SOU 1941:9 Lagberedningens förslag till lag om aktiebolag m m. II. Motiv. Sthlm 1941.

SOU 1947:38 Lagberedningens förslag till jordabalk I. Sthlm 1947.

SOU 1957:11 Fordringspreskription m m. Betänkande avgivet av inom justitiedepartementet tillkallad sakkunnig. Sthlm 1957.

SOU 1960:25 Lagberedningens förslag till jordabalk m m. II. Motiv till balken. Sthlm 1960.

SOU 1961:47 Reviderad hyreslag. Förslag avgivet av hyreslagskommittén. Sthlm 1961.

SOU 1965:14 Godtrosförvärv av lösöre. Betänkande avgivet av särskild utredningsman. Sthlm 1965.

SOU 1966:14 Ny hyreslagstiftning. Betänkande avgivet av hyreslagstiftningssakkunniga. Sthlm 1966.

SOU 1968:57 Jordbruksarrende. Arrendelagutredningens slutbetänkande. Sthlm 1968.

SOU 1970:75 Utsökningsrätt X. Konkursgrunderna, gäldenärens legitimation, återvinning, kvittning, solidariska skuldförhållanden m m. Förslag av lagberedningen. Sthlm 1970.

SOU 1974:55 Utsökningsrätt XIII. Promulgationslag till utsökningsbalk m m. Lösöreköp. Förslag av lagberedningen. Sthlm 1974.

Verhandlungen des Neunzehnten Deutschen Juristentages. Dritter Band (Stenographische Berichte). Berlin und Leipzig 1888. Cit Verh III.

CITERADE SVENSKA RÄTTSFALL

	sida
HD:s dom den 28.8.1821 (i HD:s registratur i Riksarkivet)	125
SJA	
Nr 23 s 427, HD:s dom den 6.11.1850	127
Nr 26 s 213, HD:s dom den 2.7.1852	127
Nr 30 s 128, HD:s dom den 14.7.1856	68
Nr 31 s 294, HD:s dom den 24.9.1857	127
Nr 31 s 335, HD:s dom den 30.11.1857	127
Nr 30 s 461, HD:s dom den 21.1.1858	127
NT	
1865 s 365	128
1867 s 538	128
NJA	
1874 s 144	134
1874 s 325	68, 94
1875 s 47	128
1875 s 310	128
1875 s 348	69
1875 s 420	128
1876 s 401	128
1878 s 135	128
1879 s 199	128
1885 s 304	128, 135
1888 s 520	128
1889 s 69	135
1889 s 504	70
1893 s 55	128
1893 s 205	128, 134
1894 s 312	128
1894 s 322	128
1899 s 525	128
1903 s 270	196, 222

1905 s 185 128
1905 s 329 1, 147, 149 f, 214, 220
1906 s 53 128
1906 s 283 135
1908 s 20 134 f
1909 s 181 135
1909 s 246 136
1915 s 590 190
1917 A 429 148
1919 s 535 136
1922 s 563 136
1924 s 329 1, 90 f, 148 f, 153, 195, 198, 214
1925 s 80 se 1924 s 329
1925 s 130 67

1939 s 592 194 f
1940 s 297 1, 90 f, 153, 195, 198, 214
1940 s 681 199
1949 s 164 67
1949 s 645 194 f
1960 s 9 197 ff
1968 s 351 94
1972 s 29 189, 199
1974 s 176 186

SvJT
1929 rf s 53 191 f

SAKREGISTER

Beträffande termer och begrepp som förekommer ofta hänvisas endast till viktigare ställen.

ABGB 9 f
abstrakta sakrättsliga avtalet *16*, 48 ff, 96
abstraktionsprincipen 16, 44, 52, 54 ff, 65, 68 ff, *92 ff*, 128, 131 f, 191
absoluta rättigheter 15
actio conductio 98
actio in personam 11
actio in rem 11
actio iudicati 45
actio pauliana 12
actio spolii (Spolienklage) *100*, 102
action paulienne 63
Aktenversendung 7
ALR 9 f
Auflassung 51 f, 54
avbetalningsköp 33, 94, 151

besittningsskydd för arrende och hyra *133*, 155
besittningsskydd för obligatoriska rättigheter (§ 986 2 st BGB) 33, 35 f, 115, 208
betingelser 39, 176
bürgerlicher Eigentümer 47, 78

causa 12
Code civil 9
constitutum possessorium 33, 46 f, 52, 54, 67, 81, 83
Corpus iuris civilis 4, 7, 8
coutumes 6
Coutume de Paris 8 f

date certaine 117

Decretum Gratianii 5
detentio 98 ff
Digesterna 4
doctrine classique 17
doctrine personnaliste 17
dominium 11
dominium directum 31 f, 100
dominium utile 31, 36, 100
droit de préférence *17*, 118
droit de suite *17*, 118
droit intermédiaire 9
droit personnel 15
dynamiskt tredjemansskydd 20 ff

emfytevsis 11, 36, 100
enkelt bolag 181 ff
Erbleihe 101

faktisk kollision 80
familjerättigheter 15
fordringsrätt (= generiskt bestämt anspråk) 21, 23, 30
förköpsrätt 34, 40, *172 ff*
förlängning av nyttjanderätt 114, 118, 120, 143 ff, 164
förmögenhetsgemenskap 182, 185 ff

gemeines Recht 5
generell pantförskrivning 73, 85
Gewere 73
Glossa ordinaria 5
Glossatorerna 5
grammofonskiva 194 ff
Grundschuld 50, 75, 81
gåva av fast egendom 196 ff

Hand wahre Hand 46, 56, 65
Hypotekskommittén 24 f, 69
hypotheca 72 f
hyresreglering 144
hävd 45, 57, 66

insinuation 59, 95 f
inskrivningsteorien 47
investiture seigneurale 59

ipso-facto-teorien 116
ipso-iure-teorien *102,* 116, 133 ff
iura circa res 15
iura personarum 15
ius ad rem *12 ff,* 48, 77 ff
ius in personam 12, 22
ius in re 12 ff
iusta et probabilis causa 98 ff

Juristenrecht 9
jüngere Satzung 73

kanonisk rätt 5
kollusion (= svek) 49, 53, 55, 60 ff, 65, 94
konkurrensprincipen 21, 166 ff
konsensprincipen 51

leasing 2, 153, 155, 159
legalitetsprincipen 24, 50 f
licens 154
likabehandlingsprincipen, se konkurrensprincipen
locatio ad longum tempus 100, 103, 116
locatio conductio 98

medelbar besittning 114
modus, se titulus

naturaprestation 11 f, 14, 45, 96, 101, 105, 188
negativa servitut 37, *194 ff*
nemo dat quod non habet 18
nemo plus iuris transferre potest,
quam ipse habet 103
Niessbrauch 33, *115,* 162, 165
numerus clausus 17, *31 ff*

obligatio 11 ff
offentlig trovärdighet, se publica fides
omedelbar besittning 114
optionsrätt 32, *172 ff*
overdragelseretshandel 65
overføringsrettshandel 65

pactum de non alienando 102 f, 122
Pandekterna 4

pandekträtt 10, 26, 54
Parlement de Paris 6, 9
passiv universell obligation 17
patent 154
permutation 211, 222
persönliches Recht 15
pignus 11, 72 ff
possessio 31, 98 ff
Postglossatorerna 5
preferensprincipen 21, *166 ff*
preskription 199 f
prioritetsprincipen 21, *166 ff*
prior tempore, potior iure 73, 75, 85
prisföreskrifter 196
Professorenrecht 9
publica fides 46, 53
publicitetsprincipen 25

Recht zur Sache 21, 77
Reichskammergericht 7
röstbindningsavtal 187 ff

sakrättens yttre (inre) sida 18
Schwabenspiegel 7
sécurité statique (dynamique) 18, 22
skadestånd in natura 54, 58, 68 ff
skogsavverkningsrätt 134 ff
splittringsavtal 189
Spolienklage, se actio spolii
starka och svaga rättigheter 29
statiskt tredjemansskydd 20
städja 101, 120 f
superficies 11, 36, *100*
svek, se kollusion
säkerhetsöverlåtelse 52, 72, 81

testamentarisk nyttjanderätt 1, 148, 153, 193
tidsbefraktning 2, 151 f, 155
titulus och modus acquirendi 14, 74
traditionsteorien 47
trust 37

uppsägningstid 101, 105, 107, 116
usus modernus 9

ususfructus 11, *99*
usufruit 36, 119
uthyrningsförbud 194 ff

varumärke 154
vigilans 48, 60, 85 ff, 142
vindikationsprincipen 45, 63
Vormerkung *33,* 54
värdekollision 80
växel 94

wahrer Eigentümer 47, 78

återköpsrätt 34, 39, 40, 172 ff

äganderättsbegreppet
  romerska *11, 13,* 102 f, 129 ff, 138, 140 ff
  naturrättsliga *13, 103*
  funktionella 29
  substantiella 29
ägarförbehåll 197 f
ältere Satzung 73
ändamålsbestämmelse 193 f

öffentlicher Glaube, se publica fides
överlåtelseförbud 34, 39, *178 ff*

HANS FORSSELL

TREDJEMANSSKYDDETS GRÄNSER

En studie av principen ”köp bryter lega” och indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter.

Frågan hur nyttjanderätt till lös sak skall behandlas i konflikter med tredje man har länge fångat svenska juristers intresse. Med leasingmarknadens utbredning har frågan i dag större aktualitet än någonsin. Här insättes den traditionella uppfattningen, att nyttjanderätten är en ”obligatorisk” rätt och att ”köp bryter lega”, i ett historiskt och internationellt perspektiv. Författaren utreder olika funktioner hos indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter och visar hur den svenska rätten i vissa sammanhang, bl a i fråga om nyttjanderätten till lös sak, påverkats av tyska begrepp och principer, från vilka den i övrigt tagit avstånd. Som alternativ till en indelning av rättigheterna i olika kategorier framhålles en direkt teleologisk metod vid lösning av sakrättsliga konflikter.

ISBN 91-1-767031-4